

TESE DE DOUTORAMENTO

# **TUTELA DO CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO VULNERÁVEL**

Rute Isabel Esteves Ferreira Couto Fernandes

ESCOLA DE DOUTORAMENTO INTERNACIONAL DA UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

PROGRAMA DE DOUTORAMENTO EN DEREITO

SANTIAGO DE COMPOSTELA

2021

D./Dna. **Rute Isabel Esteves Ferreira Couto Fernandes**

Título da tese: **TUTELA DO CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO VULNERÁVEL**

Presento a miña tese, seguindo o procedemento axeitado ao Regulamento, e declaro que:

- 1) A tese abarca os resultados da elaboración do meu traballo.
- 2) De ser o caso, na tese faise referencia ás colaboracións que tivo este traballo.
- 3) Confirmo que a tese non incorre en ningún tipo de plaxio doutros autores nin de traballos presentados por min para a obtención doutros títulos.
- 4) A tese é a versión definitiva presentada para a súa defensa e coincide a versión impresa coa presentada en formato electrónico

E comprométome a presentar o Compromiso Documental de Supervisión no caso de que o orixinal non estea na Escola.

En **Porto, 09 de Maio de 2021.**

**Sinatura electrónica**



D./Dña. **ISABEL ESPÍN ALBA**

En condición de: **Titor/a e director/a**

Título da tese: **TUTELA DO CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO VULNERÁVEL**

INFORMA:

Que a presente tese, correspóndese co traballo realizado por D/Dña RUTE ISABEL ESTEVES FERREIRA COUTO FERNANDES, baixo a miña dirección/titorización, e autorizo a súa presentación, considerando que reúne os requisitos esixidos no Regulamento de Estudos de Doutoramento da USC, e que como director/titor desta non incorre nas causas de abstención establecidas na Lei 40/2015.

En **Santiago de Compostela, 08 de Maio de 2021**

Sinatura electrónica



*Ao Nuno, meu “porto de abrigo”*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela constante presença e proteção.

À minha família, pelas raízes, os valores e o apoio incondicional.

Aos meus amigos de coração, por todos os pensamentos, palavras e gestos de genuíno incentivo.

À Escola Superior de Comunicação, Administração e Turismo do Instituto Politécnico de Bragança, na pessoa dos dirigentes e colegas, pelo projeto que abraço há 21 anos e pelas condições proporcionadas para a conclusão deste trabalho.

Ao Professor Mário Frota e à “família” da Associação Portuguesa de Direito do Consumo, pelo crescimento pessoal e profissional.

Aos meus alunos, pelo muito que me ensinam e motivam.

À minha orientadora, Professora Doutora Isabel Espín Alba, uma referência enquanto jurista, pela honra e oportunidade de ter aceitado orientar esta investigação, por toda a compreensão e preciosos contributos.

A todos quantos enriquecem a minha vida.

**RESUMO DA TESE EN GALEGO**

**TUTELA DO CONSUMIDOR COMO PÚBLICO VULNERABLE**

**Rute Couto**

**I. INTRODUCCIÓN**

Existimos na sociedade de consumo e comunicación. Abrazamos este contexto, sen pretender definir nin describir exhaustivamente ningún deses conceptos, pero seguro de que isto significa, sobre todo, inmersión nunha realidade económica, social e xurídica ineludiblemente global. Calquera das dúas realidades non está desagregada, xa que os consumidores son, maiormente, persoas que toman decisións e esas opcións están escurecidas pola realidade comunicativa que as rodea. Filla da revolución industrial e comercial, a sociedade de consumo xurdiu da abundancia, da masificación e da homoxeneidade, da superación do atomismo que ata entón caracterizaba os procesos de contratación de bens e servizos. Hoxe, nun mundo cada vez máis globalizado, é favorecido pola información, a publicidade, o marketing, en definitiva, a comunicación.

O obxecto que escollemos para a nosa investigación reside precisamente na confluencia entre o dereito do consumidor e o dereito da comunicación. Cando falamos de dereitos do consumidor, normalmente estamos no nivel da relación xurídica de consumo, que se establece entre o consumidor e o profesional que subministra os bens ou presta servizos ao consumidor. A nosa investigación céntrase no consumidor como público e, polo tanto, pretende chamar á reflexión un asunto alleo á relación xurídica do consumo, pero que o media dalgún xeito e que son os medios de comunicación, especialmente os audiovisuais e os dixitais. A protección dos dereitos dos consumidores, debido á súa consagración constitucional

como dereitos fundamentais, adquire unha dimensión de cidadanía. É necesario sopesar os intereses colectivos dos consumidores, considerados como receptores de información, públicos de medios de comunicación, receptores de publicidade, expostos a prácticas comerciais. Os medios de comunicación, á vista dos fins e obrigas aos que están vinculados, deben promover activamente os dereitos dos consumidores. Por outra banda, o seu papel intermediario entre anunciantes e audiencias determina a responsabilidade dos medios de comunicación como posuidores de medios publicitarios, particularmente para o público máis vulnerable.

A investigación centrarase nunha destas categorías de vulnerabilidade, a do consumidor *menor de idade*, á que o Dereito Civil non ofrece unha resposta axeitada. A nivel internacional, europeo e nacional, os dereitos dos nenos e dos mozos son tratados de forma parcial, nomeadamente cando están suxeitos a relacións xurídicas familiares ou baixo a perspectiva tutelar. Por outra banda, no que respecta á responsabilidade dos medios de comunicación, a doutrina e a xurisprudencia abordan case exclusivamente as cuestións dos dereitos, liberdades e garantías dos cidadáns (como honra, imaxe e privacidade) ou as relacionadas cos dereitos de personalidade e seguridade en liña, non os seus *dereitos económicos*, como consumidores e destinatarios da publicidade. Pretendemos definir a responsabilidade deses medios como intermediarios da relación xurídica de consumo, particularmente á vista das hipervulnerabilidades do consumidor menor e no contexto dos problemas inherentes ás novas realidades dixitais e o seu impacto nos menores, nas familias e na sociedade. Os menores, máis expostos e vulnerables á comunicación comercial, deberían estar suxeitos a unha maior protección, nunha responsabilidade compartida polo Estado e a sociedade, incluídos os seus axentes económicos e de comunicación. O noso estudo ten como obxectivo comprender o impacto dos medios de comunicación e das redes sociais sobre a condición do menor como suxeito constitucional, civil e consumidor e considerar a necesidade (en Portugal) dun estatuto xurídico integral do menor como elemento de construción de cidadanía.

Os medios de comunicación xogan un papel nas opcións e decisións dos consumidores. Atento á súa función *social* de promover o pluralismo e a cidadanía, a súa función *económica* de intermediación entre os anunciantes e o público consumidor e a súa función *cultural* de definir patróns de comportamento e valores da experiencia social. Un exemplo da modernidade da cuestión con respecto aos menores é a denuncia presentada pola organización europea de consumidores BEUC contra a plataforma de intercambio de vídeos TikTok, por non protexer aos nenos de publicidade oculta e contido inadecuado. A denuncia tamén se refire a cláusulas abusivas e enganosas incluídas nos termos de servizo da plataforma popular, así como prácticas de tratamento de datos persoais non transparentes.

Pretendemos reflexionar sobre a protección do consumidor menor como destinatario de información, publicidade e prácticas comerciais, e sobre as súas vulnerabilidades en particular con respecto á información e autodeterminación necesarias para tomar decisións de consumo. Isto implica unha análise crítica das formas actuais de protección do consumidor menor en Portugal, en termos de regulación e autorregulación. O noso obxectivo é contribuír a unha comprensión global dos dereitos dos menores como suxeitos económicos e apoiar unha proposta lexislativa sobre o estatuto xurídico do menor e cambios na normativa vixente no campo da publicidade e dos medios de comunicación.

A hipótese inicial da nosa investigación baséase na observación de que é necesario construír un *estatuto xurídico do consumidor menor como público vulnerable*, hipótese desglosada nos seguintes temas: a) Os menores poden clasificarse como consumidores; b) Os medios de comunicación, incluídas as redes sociais, teñen un impacto nos menores, que se estende ás súas familias e á sociedade; c) Os menores son consumidores hipervulnerables, o que impón regulacións específicas; d) O sistema actual (tanto en termos de regulación como de autorregulación) non protexe efectivamente os intereses dos menores nesta área;

e) É necesario ter un estatuto xurídico integral do menor, que o protexa como suxeito global.

## **II. INVESTIGACIÓN**

### **1. O menor como suxeito autónomo de dereitos**

A protección constitucional do menor é efectiva mediante a protección de nenos e mozos. Os nenos menores de 18 anos, no sentido da Convención das Nacións Unidas sobre os dereitos do neno, teñen dereito á protección da sociedade e do Estado con vistas ao seu desenvolvemento integral, na súa consideración como persoas en formación. A mocidade, unha categoría que pode solaparse parcialmente coa infancia, goza de protección para a realización dos seus dereitos económicos, sociais e culturais, que inclúen os dereitos dos consumidores.

Dotado de personalidade xurídica, a lei protexe aos menores contra ameazas ou delitos contra a súa personalidade física ou moral, con especial importancia polos seus dereitos de imaxe, privacidade e intimidade. Nun ambiente dixital, as solucións reactivas da lei, a nivel civil e penal, a miúdo non son suficientes para reparar o dano ou abordar socialmente eses delitos. Así mesmo, o alcance das medidas para mitigar os efectos do delito contra os devanditos dereitos de personalidade é máis limitado.

Ata a maioría de idade ou emancipación, o exercicio da patria potestade corre a cargo dos pais do menor, tendo que facelo no interese do menor e tendo en conta a súa progresiva madurez, incluso nas súas decisións como consumidor. Cando os pais están casados ou viven en condicións similares ás dos cónxuxes, o exercicio das responsabilidades corresponde a ambos, que deben exercelos de

mutuo acordo. Cando os pais non estean xuntos (casos de pais que non viven en condicións similares ás dos cónxuxes, están separados ou divorciados, ou mesmo se o matrimonio foi declarado nulo), dependerá do exercicio conxunto ou singular das responsabilidades parentais. ao estar involucrado, unha cuestión de especial importancia ou un acto da vida ordinaria. As responsabilidades por cuestións de especial importancia deben ser exercidas conxuntamente por ambos pais. O exercicio das responsabilidades parentais relacionadas cos acontecementos da vida actual do menor é responsabilidade do proxenitor co que o menor reside habitualmente ou co que se reúne temporalmente e, neste último caso, a continuidade das pautas educativas máis relevantes definidas polo residente habitual debe estar asegurado.

Os menores operan no mercado de consumo de tres xeitos: como suxeitos activos, compradores de bens ou servizos; como suxeitos que inflúen nas eleccións e nas compras do fogar; e como futuros consumidores, o obxectivo das estratexias de fidelización de marca. Así, participan nas relacións co consumidor como consumidores efectivos, en empresas legais válidas que son unha excepción á súa incapacidade para exercer e como "consumidores potenciais", expostos a prácticas comerciais e destinatarios de publicidade dirixida ou que lles chega.

Dende a perspectiva das institucións internacionais e europeas, o fito clave é a Convención das Nacións Unidas sobre os Dereitos do Neno de 1989, que establece, entre outros, os dereitos dos nenos ao desenvolvemento e participación, pero tamén á protección contra a inxerencia no sector privado e económico. vida. explotación. Outras organizacións como o Consello de Europa e a Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos emitiron directrices relevantes, en particular en canto á protección dos menores nun contorno dixital. Na Unión Europea, ademais dos instrumentos lexislativos, os menores inclúense nalgúns documentos de referencia estratéxicos, tanto como consumidores vulnerables como como parte da súa protección en liña. A Nova Axenda Europea



do Consumidor 2020-2025, que identifica como unha das áreas prioritarias a resposta ás necesidades específicas dos consumidores máis vulnerables, é dicir, os nenos, expostos en liña a prácticas comerciais enganosas ou agresivas, é o contexto ideal para reflexionar protección de menores como consumidor. Por outra banda, a xurisprudencia tanto do Tribunal de Xustiza da Unión Europea como do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos reconece a necesidade de salvagardar a vulnerabilidade dos menores, tanto para xustificar as restricións á liberdade de circulación da UE como no que se refire ao respecto da súa vida privada e familiar.

## **2. O menor consumidor como unha audiencia de medios**

O concepto de consumidor é polisémico, no sentido de que non sempre se limita ao estricto alcance contractual dunha determinada relación xurídica co consumidor, senón que vai máis alá dun plan de cidadanía. O elemento relacional, que estrutura o concepto de consumidor na relación intersubxectiva co profesional, asume varias configuracións. Ademais de adquirir bens ou servizos de consumo, o consumidor actúa, con fins non profesionais, como destinatario de información ou destinatario de mensaxes publicitarias, que consolidan expectativas que deben estar legalmente protexidas, aínda que non exista un contrato de consumo. Defendemos, dun xeito similar á lei brasileira, a extensión do concepto de consumidor ás persoas expostas a prácticas comerciais, incluída a publicidade.

O sistema de protección do consumidor baséase na presunción de vulnerabilidade deste suxeito, que é múltiple, incluso desde o punto de vista técnico, económico, legal e informativo. A asimetría da información, combinada con prácticas comerciais insidiosas e a falta de educación do consumidor, contribúe á debilidade dos consumidores no mercado.

En Portugal, a figura do consumidor vulnerable aínda non se desenvolveu a nivel lexislativo, ao contrario do que ocorre no ordenamento xurídico español, no

que a figura foi incluída recentemente na lei de protección do consumidor, aínda que con certa indeterminación e ambigüidade. A cifra é difícil de implementar xa que a vulnerabilidade é multidimensional, xa que está relacionada con diferentes variables, incluída a idade e a dinámica, xa que cambia ao longo da vida.

A comprensión do consumidor como suxeito vulnerable e a relación entre a información e esa mesma vulnerabilidade experimentaron, na xurisprudencia e na lexislación da Unión Europea, algunha evolución, particularmente no campo do réxime de prácticas comerciais desleales harmonizado pola Directiva núm. 2005/29/CE. O acervo comunitario afastouse da visión dun consumidor vulnerable que fundou o dereito ao consumo, valorando a perspectiva dun consumidor medio, un concepto que a xurisprudencia do Tribunal de Xustiza da Unión Europea consolidou gradualmente como normalmente informado, razoablemente observador e advertido e tendo en conta factores sociais, culturais ou lingüísticos. Non obstante, o concepto de consumidor medio debe ceder a un grupo de consumidores especialmente vulnerables ao produto ou á práctica comercial, é dicir, pola súa idade ou credulidade, como os menores. Máis recentemente, o Tribunal de Xustiza mostrou unha apertura cara a un concepto menos normativo e máis empírico do consumidor real, ao avaliar a percepción xeral do consumidor, incluído o compoñente non textual da información, como os elementos visuais.

As relacións cos consumidores teñen un carácter transindividual, o que significa que hai que ponderar a dimensión colectiva dos intereses dos consumidores. A protección legal dos consumidores é, como regra xeral, a dos intereses difusos dos consumidores considerados como categoría, como comunidade. E estes intereses difusos, debido á súa fragmentación, son un espazo para o funcionamento dos mecanismos de protección colectivos.

O alto nivel de protección do consumidor é un dos obxectivos das políticas da Unión Europea e un dos dereitos recoñecidos na Carta de Dereitos Fundamentais da Unión Europea. En Portugal, como noutros ordenamentos xurídicos, os dereitos

dos consumidores están incluídos no catálogo de dereitos fundamentais. A diferenza dos dereitos, liberdades e garantías, que son directamente aplicables e vinculantes, os dereitos económicos, como os do consumidor, están condicionados ás opcións políticas e orzamentarias do Estado. Non obstante, a súa condición de dereitos fundamentais convérteos nun referente para a interpretación normativa e o control de constitucionalidade.

Os consumidores tamén son públicos ante os medios de comunicación, para os que representan ao público.. A multiplicación da oferta de medios e a conseguinte polarización das audiencias modificaron a relación entre os operadores e entre eles e os consumidores, na medida en que a competitividade leva á saturación publicitaria cos consumidores, a miúdo coa aniquilación dos seus clientes.

Entre as actividades legalmente instituídas para a actividade dos medios están a contribución á información e formación dos cidadáns e á promoción da cidadanía e o pluralismo. Polo tanto, os medios teñen a responsabilidade directa de educar e informar aos cidadáns e aos consumidores. A liberdade de comunicación e programación debe estar guiada por esta responsabilidade legal, ética e social dos operadores de comunicación cara ao seu público.

Os medios son medios publicitarios e, como tal, actúan como intermediarios entre os anunciantes e os consumidores aos que se dirixe a publicidade. Para os medios, a publicidade asume o papel vital do seu financiamento, o que leva a un predominio do interese comercial sobre a función social dos medios, con implicacións para a credibilidade e independencia dos medios.

No panorama mediático, ademais dos medios tradicionais, é necesario ter en conta as redes sociais, seguindo a revista Directiva de servizos de comunicación social audiovisual, que aplica certas regras do sector audiovisual aos servizos das plataformas de intercambio de vídeo e servizos de redes sociais nos que a subministración de programas e vídeos xerados polos usuarios é unha das súas

funcionalidades esenciais. A converxencia normativa está xustificada pola nivelación dos modelos de negocio, a finalidade da información, o entretemento e a educación e o impacto nos dereitos dos nenos e dos mozos e consumidores.

A pedra angular do sistema de protección do consumidor é o dereito á información, recoñecido nas distintas normativas que sancionan a súa inexistencia, insuficiencia, insuficiencia ou falsidade. Este dereito corresponde, para os profesionais, ao deber de informar ao consumidor de forma adecuada, completa e veraz, integrando, no seu caso, os deberes de asistencia e asesoramento. As obrigas de información a cargo dos medios de comunicación inclúen directamente os espazos reservados a tal efecto no servizo público de radio e televisión e, indirectamente, a súa contribución como medio publicitario de mensaxes destinadas á comercialización dun determinado ben ou servizo de información. Polo tanto, os medios de comunicación son fontes activas de información para os consumidores e, como tal, deben valorarse e responsabilizarse.

A información ao consumidor por si soa é insuficiente se non vai acompañada de formación sobre a importancia desta información e a súa integración nas decisións cotiás. A educación dos consumidores é un requisito previo para a súa información e un factor determinante para aliviar a súa vulnerabilidade. Entre os compoñentes da educación para o consumo en sentido amplo, destaca a propia educación para a información, que inclúe a educación para os medios (chamada alfabetización mediática) e a educación para a publicidade. Esta educación para a cidadanía implica necesariamente a formación de menores como futuros consumidores, especialmente no campo da publicidade e da alfabetización dixital.

Inseparable da sociedade de consumo, a publicidade existe na dicotomía información/persuasión. Por un lado, a publicidade asume unha función divulgativa, sobre os bens ou servizos que se van adquirir ou o contrato co consumidor que se celebrará, que é decisivo para as eleccións dos consumidores e

as decisións comerciais. Ademais, a publicidade ten unha función persuasiva, de suxestión e estímulo subxectivo ao consumo, concretada en técnicas de mercadotecnia que atraen os sentidos e a inclinación psicolóxica. As dificultades de articulación entre estas dúas funcións refórzanse coa consideración da publicidade como fenómeno cultural, a creación de mercados de consumo e a formación de patróns socioculturais.

A regulación da publicidade non se considera censura nin restrición inxustificada das liberdades, consagradas constitucionalmente, de expresión, información e iniciativa privada. En primeiro lugar, non se pretende controlar previamente as mensaxes publicitarias, senón responsabilizar aos suxeitos da actividade publicitaria da difusión de mensaxes ilícitas. Por outra banda, dado o seu obxectivo lucrativo e, a pesar da súa dimensión creativa, é difícil dar a coñecer a protección que se outorga á liberdade de expresión como manifestación de opinión e pensamento. Aínda así, debido ao principio de equilibrio práctico de intereses, esta liberdade podería restrinxirse para salvagardar outros intereses protexidos constitucionalmente, como os de consumidores e menores (no caso da publicidade para nenos e mozos). Finalmente, a iniciativa económica privada está suxeita ao requisito de "interese xeral", o que motiva a responsabilidade social das empresas ao proporcionar información correcta aos consumidores.

A publicidade pódese ver como unha actividade económica e como unha forma de comunicación empresarial. Neste último sentido, a publicidade está suxeita aos principios de legalidade, identificabilidade, veracidade e respecto aos dereitos dos consumidores. Valórase legalmente como unha práctica comercial que require a consideración da dilixencia profesional do anunciante e o seu impacto no comportamento dos consumidores e a prohibición de publicidade enganosa e agresiva. Por outra banda, a información específica e obxectiva contida nas mensaxes publicitarias está integrada no contido do contrato e, como declaracións

públicas sobre as características dos bens e dos servizos, apoian as expectativas razoables do consumidor en canto á súa calidade e cumprimento do contrato.

Os consumidores menores teñen unha dobre vulnerabilidade, combinando a presunta debilidade dos consumidores en xeral coa debilidade inherente á minoría. A protección constitucional dos nenos, que dita a protección da sociedade e do Estado con vistas ao seu desenvolvemento integral, impón a consideración do neno como persoa en formación, no desenvolvemento biopsicolóxico. Nesa medida, a forma en que se chega a eles e aféctaselles coa publicidade é diferente da que se produce co público consumidor adulto. Por unha banda, os menores están suxeitos a máis estímulos publicitarios (debido á cantidade de horas de consumo de televisión e uso de internet, combinados coa repetición exhaustiva de mensaxes publicitarias) e, por outra banda, aínda non teñen as habilidades cognitivas necesarias para a comprensión e descodificación do contido publicitario, especialmente se está incluído no contido audiovisual e no entretemento dixital.

Un dos principais impactos da publicidade nos menores está relacionado cos seus hábitos alimentarios, entre os que destacan a obesidade infantil e outras enfermidades relacionadas coa alimentación pouco saudable. Debe supervisarse a publicidade en situacións de inseguridade (incluída a inseguridade alimentaria) ou nas que os operadores económicos usan mal as afirmacións sobre a saúde. A asociación entre comida e entretemento (é dicir, mediante o uso de personaxes do imaxinario dos nenos ou a oferta de xoguetes nas comidas dos nenos) debería estar prohibida cando viole o principio de identificación publicitaria ou induza comportamentos prexudiciais para a saúde. Os efectos nocivos dunha mala alimentación infantil levarán, no futuro, a problemas de saúde pública, o que reforza a necesidade de prevención e regulación da publicidade infantil, tamén nesta área, que asumirán o Estado e os axentes sociais.

Existe unha relación de causalidade entre as mensaxes publicitarias e os conflitos familiares que se xeran cando os pais satisfán as peticións de compra dos

menores. A prohibición da amoestación directa a menores na publicidade (no sentido de mercar ou persuadir aos adultos para que compren os bens ou servizos anunciados) forma parte da protección constitucional da familia, polo que o control da publicidade e o consumo dos nenos non se limita a o exercicio das responsabilidades dos pais.

Un último grupo de consecuencias da exposición dos menores á publicidade está relacionado coa adulteración de valores, en particular a propagación de valores consumistas e materialistas, que están na orixe de comportamentos desviados e situacións de exclusión e acoso en grupos nos que están. os bens de consumo son factores de integración e socialización. Ademais, a comunicación comercial, cando transmite actitudes disonantes cara aos valores positivos da convivencia social, contribúe á erotización precoz, á violencia e á creación ou mantemento de estereotipos ou discriminación.

A personalidade do menor está influenciada pola omnipresencia das tecnoloxías e a fusión entre as dimensións reais e virtuais da vida. Nun ambiente dixital, e particularmente nas redes sociais, os menores consomen información e achegan contido, en comunicación ávida e relación cos seus compañeiros onde a privacidade está desvalorizada e que consolida a "pegada dixital" do menor. O intercambio de información persoal sobre menores debe estar necesariamente guiado polo seu maior interese, cando o realizan os propios pais, e respectando a súa progresiva autonomía, cando o realiza o propio menor, nun complexo equilibrio entre o control parental e a autonomía do menor. Cando o intercambio é realizado por terceiros, o criterio fundamental é o consentimento, unha expresión de autodeterminación informativa.

O uso comercial que se fai da información recollida de e/ou sobre menores é un fenómeno que se repite nas redes sociais, xogos en liña e aplicacións móbiles dirixidas a nenos, que son directamente obxecto de estratexias de mercadotecnia de impacto subliminal e significativas no seu comportamento. E en comparación cos



medios tradicionais, o feito de que o contorno dixital sexa xeralmente menos regulado e máis propicio para a personalización de anuncios fai que sexa máis eficaz desde o punto de vista dun anunciante.

### **3. Consentimento do consumidor menor de idade**

A personalización da comunicación comercial implica o tratamento dos datos persoais dos titulares menores destes datos. Sen prexuízo do cumprimento dos demais principios e obrigas inherentes ao Regulamento xeral de protección de datos, a cuestión da "idade do consentimento dixital" en relación coa prestación directa de servizos da sociedade da información aos nenos é crucial e que en Portugal se definiu no 13 anos. Non obstante, debemos cuestionar o valor deste consentimento como condición para a legalidade do tratamento de datos cando se dea consentimento no contexto de cláusulas contractuais xerais complexas ou cando o acceso ao servizo e ás funcións está condicionado á aceptación obrigatoria de cookies.

Para os menores de 13 anos, o consentimento debe ser concedido polos titulares da patria potestade, de mutuo acordo. En caso de ruptura da relación matrimonial ou cando os pais non vivan nunha unión de feito ou condicións similares ás dos cónxuxes, o exercicio destas responsabilidades será responsabilidade de ambos en asuntos de especial importancia ou no con quen está o menor no caso dun fillo. acto da vida actual do neno. Con respecto ao consentimento dos pais para o tratamento dos datos do neno en relación cos servizos da sociedade da información, a cualificación de "particularmente importante" ou "vida actual" dependerá dunha avaliación caso por caso tendo en conta os datos. operación, o carácter ordinario ou extraordinario de dita operación e as súas implicacións para a vida presente e futura do menor.



A pesar de que o menor pode dar o seu consentimento de forma autónoma para o tratamento de datos persoais en termos de servizos que se lle ofrecen directamente na sociedade da información, a avaliación da validez de calquera contrato celebrado segue suxeita ás regras xerais do país dereito contractual en materia de incapacidade dos menores para exercer os seus dereitos e invalidez dos actos xurídicos celebrados polo menor. Exceptúanse os procedementos legais inherentes á vida actual do neno ao alcance da súa capacidade natural e que só supoñen un custo reducido, como pode ser o caso dalgúns contratos de subministración de contidos e servizos dixitais.

No contexto en liña, a forma de contratar mediante a adhesión a condicións contractuais preestablecidas, coa aceptación de "clickwrap" ou "browserwrap", aumenta a susceptibilidade de que estas condicións non sexan lidas nin comprendidas polos contratistas máis pequenos, polo que é necesario reconfigurar o mecanismos de comunicación e coñecemento de cláusulas. Ademais, a diferenza entre o consentimento en canto á aceptación de cláusulas contractuais e o consentimento no tratamento de datos persoais non sempre será evidente para o consumidor.

A nova Directiva sobre contratos de subministración de contidos e servizos dixitais, que aínda non foi transposta, combina a protección de datos persoais e a protección dos consumidores, na medida en que se aplica aos contratos celebrados por un prezo, pero tamén a situacións nas que o o consumidor proporciona datos persoais ao comerciante. Isto suscita problemas de compatibilidade entre a idade de consentimento para o tratamento de datos persoais e a idade de conclusión válida do contrato para a prestación de contidos e servizos dixitais, así como as consecuencias da retirada do consentimento para o tratamento de datos persoais. ou o exercicio da libre resolución do contrato.

#### **4. Formas de protección dos consumidores menores**

Nunha análise crítica do sistema actual, destacan algúns paradigmas e paradoxos da información ao consumidor, resultantes do choque entre os motivos das políticas europeas e a realidade dos consumidores europeos. A primeira destas discrepancias resulta de equiparar a subministración de información coa protección do consumidor. Se é certo que a información é crucial na protección do consumidor, a simple subministración de información non acompañada dos seus mecanismos de coñecemento é ineficaz para superar a vulnerabilidade do consumidor, o que, aínda que tamén é crucial en termos de información, non é excluínente. A harmonización europea da protección do consumidor púxose en práctica a través de extensas listas de información precontractual que lle deberían proporcionar. En realidade, o exceso de información contribúe á desinformación do consumidor, incapaz de asimilala cuantitativa e cualitativamente, e á "irresponsabilidade" dos profesionais para o cumprimento efectivo do deber de información, que vai moito máis alá da simple dispoñibilidade de información, que require a súa adaptación e aclaración no caso concreto.

Con respecto ás prácticas comerciais desleais (incluída a publicidade enganosa e agresiva), o criterio para medir a inxustiza da práctica é o consumidor medio, que se considera razoablemente observador e advertido. Ademais das dificultades de aplicación práctica do concepto, desprotexe precisamente aos consumidores con menos educación e preparación, máis permeables ás prácticas comerciais desleais e, polo tanto, máis necesitadas de protección. A ficción do consumidor medio baséase nunha "transferencia de responsabilidade" ao consumidor, que en lugar dun dereito a ser informado, parece ser unha obriga de ser informado, o que resulta nun efecto contrario ao supostamente pretendido polos instrumentos comunitarios.

A máxima ou plena harmonización que caracteriza o enfoque europeo máis recente non leva á práctica o lema dunha Unión en diversidade, no sentido de que

aplana as diferenzas entre os Estados membros e, dada a dificultade do consenso, iguala o denominador común máis baixo, en lugar do "alto nivel de protección" imposto polos Tratados. Nos países con políticas máis consolidadas, isto pode significar unha baixada do nivel de protección xa alcanzado. Por outra banda, as disparidades entre os Estados membros en canto á transposición de directivas (especialmente cando se realizan mal) e ao sistema de supervisión e sanción son incompatibles con esta harmonización total prevista.

É necesaria unha regulación específica da publicidade para nenos e adolescentes, xa que a protección dos dereitos sociais de nenos e mozos non está suficientemente salvagardada polos réximes xurídicos aplicables á publicidade ou às relacións cos consumidores en xeral. No debate sobre o permiso, restrición ou prohibición de publicidade dirixida a menores, defendemos a restrición, xa que é necesario conciliar unha actividade económica legal e economicamente relevante cos dereitos da personalidade física e moral dos menores que reciben esta publicidade.

Os medios de comunicación, especialmente os operadores de radio e televisión, deben observar unha "ética de antena" que asegure o desenvolvemento da personalidade dos nenos e adolescentes, que inclúa todos os elementos da programación, incluída a publicidade. Como medio publicitario, están vinculados á normativa que protexe aos menores como destinatarios ou que interveñen nas mensaxes publicitarias. Non obstante, o contorno dixital é heteroxéneo e o dereito a establecelo debe incorporar as súas especificidades.

A publicidade comportamental en liña implica o seguimento dos usuarios de Internet, a través de testemuños de conexión (cookies) que permiten a creación de perfís e a presentación de anuncios adaptados aos seus intereses. Xa sexa nas cookies orixinais ou nas de terceiros que os medios de comunicación inclúen nos seus sitios web, como soporte publicitario, está en xogo a "autodeterminación informativa" dos consumidores e a explotación comercial que, sen o consentimento

do titular, pode realizarse dos datos persoais así recollidos. A responsabilidade dos medios é cumprir os requisitos legais para a recollida e uso de datos persoais dos consumidores electrónicos, como garantir o consentimento previo e informado (opt-in) dos interesados, baseado nunha información clara e completa sobre o obxectivos do tratamento dos datos de navegación.

Outro aspecto rechamante é o uso que fan os anunciantes de personaxes públicos ou recoñecidos que participan na difusión de mensaxes publicitarias, como os presentadores de programas de radio e televisión ou os chamados "influencers dixitais". Formalmente, na medida en que o contido transmitido por estes influentes constitúa contido comercial, deben identificarse como tales. Ademais, os famosos que participan na difusión de mensaxes publicitarias e asumen unha "condición de garantía" do produto ou servizo anunciado ao consumidor deben, como intervincentes na difusión da mensaxe, asumir a responsabilidade en caso de publicidade ilícita ou inxusta. Cando a intervención asocie a voz ou a imaxe a unha determinada comunicación comercial, só será responsable en casos extremos de violación de valores esenciais (como o discurso de odio, por exemplo) ou de asociación incompatible entre o influencer e o produto ou servizo. anunciado por el. Na publicidade testemuñal, cando o influencer testemuña sobre a súa experiencia sobre o produto ou servizo referenciado e na medida do deber legal de dar o seu testemuño de xeito veraz, o influenciador responde de xeito solidario polos danos causados como consecuencia da difusión de mensaxes publicitarias ilegais.

O ambiente dixital, debido á bidireccionalidade da comunicación comercial, favorece a aparición de prosumidores, tanto consumidores como produtores de información. A interacción con profesionais e compañeiros, a través do intercambio de mensaxes relacionadas con determinados produtos ou servizos, xeralmente en forma de avaliacións ou recomendacións (reviews), consolida a lealdade dos menores ás marcas. Ademais, cando se emprega mal por anunciantes, fomenta o engano doutros consumidores e dificulta a asignación de responsabilidades.

Moitos dos servizos dixitais que se prestan a menores aparentemente de balde baséanse nun modelo de negocio baseado na publicidade e no tratamento dos datos persoais dos usuarios, que proporcionan a cambio da posibilidade de usar unha rede social, aplicación, xogo ou outros contidos. Aínda que se prevé expresamente na nova normativa europea sobre contratos de venda de bens e contidos dixitais, a posibilidade de que o consumidor proporcione datos ao profesional en lugar de pagar un prezo segue a suscitar dúbidas sobre a transparencia das condicións contractuais, valor dos datos para os efectos da obriga de devolución en caso de rescisión do contrato e consecuencias contractuais do exercicio por parte do consumidor do seu dereito a borrar os datos e retirar o consentimento.

Os advergames difuminan a liña entre a publicidade e o entretemento, o que supón riscos para o público máis novo, incapaz de distinguir entre contido comercial e non comercial e máis suxeito a manipulación emocional e exposición á publicidade subliminal.

Nos réximes xurídicos dos medios, a ausencia da figura do consumidor superouse parcialmente coa recente transposición dunha Directiva sobre a prestación de servizos de medios audiovisuais e a inclusión da protección do consumidor nos fins da actividade televisiva. Non obstante, o compromiso cos dereitos dos consumidores é necesario como propósito, obriga e límite da actividade dos medios en xeral. En canto á comunicación comercial audiovisual, é imprescindible homoxeneizar ao destinatario da obriga, por parte dos operadores, de identificar a publicidade, así como aclarar as limitacións á liberdade de programación e corrixir algunhas incoherencias causadas por unha transposición defectuosa do Directiva.

En canto ao dereito á información, na súa definición na lei de protección do consumidor, a responsabilidade dos medios só se limita ao nivel de información en

xeral e, cando son medios publicitarios, deben incluírse no dereito á información en particular, como profesionais do ciclo de produción-consumo, *mutatis mutandi*.

En canto á publicidade para nenos e adolescentes, o réxime actual é manifestamente insuficiente e xenérico. En primeiro lugar, é importante diferenciar os distintos grupos de idade, tendo en conta o grao de madurez e o impacto da comunicación empresarial. A publicidade dirixida a menores debería estar prohibida ata os 12 anos e restrinxida a idades posteriores, pero dun xeito máis coherente e sistemático, abrazando tamén as particularidades do contorno dixital.

As restricións actuais á publicidade audiovisual para nenos e adolescentes limítanse xeralmente aos programas infantís, deixando de lado unha reflexión máis ampla sobre a publicidade dirixida a menores, é dicir, a publicidade integrada no contido da programación dirixida a público adulto (que ven os menores, especialmente nas familias con menos apoio parental), nos recreos e nos programas para a mocidade. Outra medida lexislativa a aplicar, co fin de reducir o impacto da presión publicitaria, será a prohibición de repetir anuncios no mesmo intervalo publicitario. Tamén é necesario unha normativa específica máis detallada para certos obxectos (como xoguetes, concursos e contido dixital) e soportes (como videoxogos e redes sociais) para a publicidade infantil

A infracción administrativa dos medios de comunicación nas áreas desta investigación é inadecuada, xa que o pago de multas non é disuasorio para os ingresos publicitarios obtidos pola difusión de mensaxes publicitarias ilegais. Por outra banda, a suspensión ou cesamento das campañas publicitarias non afecta ao público, o que non asocia o feito a ningunha sanción, deixando un sentimento de impunidade. Por este motivo, propoñemos aumentar os mecanismos de responsabilidade pública, como a publicidade sancionadora, a publicidade correctiva e, en casos extremos, a suspensión da programación do operador infractor.

O sistema para a defensa e supervisión dos dereitos do consumidor presenta varias debilidades, en primeiro lugar debido á dispersión que o caracteriza en termos de estruturas, competencias que tenden a solaparse e a interacción coas entidades reguladoras e supervisoras, o que resulta, para o consumidor, nunha incerteza. sobre quen apela a salvagardar os seus dereitos. A falta de fervor do sistema de protección do consumidor é evidente, evidenciado polo descoñecemento dos consumidores, a discreta actuación das entidades administrativas competentes, a falta de recursos humanos e materiais para as accións de concienciación e inspección necesarias e a falta de prioridade. que a política de protección do consumidor mereceu os gobernos sucesivos. A inercia e desorganización dos consumidores maniféstase na queixa e na activación de mecanismos de resolución de conflitos, motivados pola incredulidade na xustiza ou o medo aos custos económicos, temporais e psicolóxicos inherentes á protección individual ou colectiva.

En Portugal, moitos dos temas tratados na nosa investigación non derivan do marco lexislativo, senón da falta de respecto á normativa vixente e da falta de supervisión por parte das entidades competentes. Estas dimensións dependen intrínsecamente do sistema cultural. Polo tanto, é urxente establecer unha protección do consumidor, tanto a nivel de responsabilidade ética e social das empresas e profesionais, como ao nivel da conciencia individual e colectiva dos consumidores.

Os retos para a protección dos consumidores en xeral e dos menores en particular, nunha economía e unha sociedade impulsadas polos medios, xorden en tres niveis (e utilizando a terminoloxía europea contemporánea): *empowerment* (capacitación dos consumidores a través de información e formación que garante opcións libres e informadas), *enforcement* (aplicación efectiva de medidas legais para a súa protección) e *redress* (reparación de danos aos consumidores mediante reclamacións e recursos adecuados).



Coa perspectiva do dereito en comparación con outros sistemas xurídicos, defendemos un estatuto xurídico integral do consumidor máis pequeno, coa reunificación dos réximes xurídicos relacionados coas prácticas comerciais dirixidas a nenos e mozos e a consideración da súa vulnerabilidade, nomeadamente en condicións de publicidade e protección dos seus datos persoais contra a explotación comercial.

En lugar de referencias sucintas, dispersas e mal implementadas nos réximes xurídicos de protección do consumidor e dos medios de comunicación, defendemos o papel do menor como suxeito económico autónomo e merecedor dunha dobre tutela como neno (sendo) e adulto en formación (converténdose en).

O coidado dos nenos é unha responsabilidade compartida entre a familia, a escola, a sociedade e o Estado. Recoñecemos o papel primordial do sistema educativo e dos titulares da patria potestade na orientación das opcións dos menores, pero tamén o deber subsidiario do Estado, que require unha acción máis eficaz dos poderes públicos para salvagardar o desenvolvemento da infancia e da mocidade. Neste sitio web global, os medios de comunicación son un elemento fundamental na promoción e protección dos seus públicos máis vulnerables.

A opción de sistematizar as normas de protección do consumidor menor e a súa agregación nun único estatuto permitiría, na nosa perspectiva, acadar os seguintes obxectivos: dignificar a persoa do menor e promover a responsabilidade colectiva no seu desenvolvemento integral; consolidar a afirmación do menor como suxeito autónomo con plenos dereitos de cidadanía, independentemente das responsabilidades paternas que lle preocupen; recoñecer ao menor como suxeito global de dereitos, non só de carácter persoal, senón tamén como suxeito económico e participante no mercado de consumo; e facilitar o coñecemento, a interpretación e a aplicación das normas legais que protexen a súa vulnerabilidade.



## **5. Autorregulación**

Na experiencia portuguesa, especialmente no sector publicitario, predominan os instrumentos de autorregulación, recoñecidos pola súa vontade, especialización, flexibilidade e rapidez e supervisados por entidades con certa autoridade social. Non obstante, persisten críticas e preocupacións sobre a súa suficiencia e eficacia, debido ao predominio natural dos intereses dos profesionais, á falta de transparencia e á reducida esixibilidade.

No sector da sociedade da información, os instrumentos de autorregulación son escasos e a maioría limítanse á definición xenérica de principios e compromisos, baseados en redes de coalicións informais, mal estruturadas e sen mecanismos de control efectivos.

Respecto da protección dos menores, concluímos que a autorregulación é insuficiente e debería verse nunha lóxica complementaria, dando prioridade ás iniciativas de regulación, cun marco lexislativo de referencia e a posibilidade de intervención estatal en caso de incumprimento.

## **III. CONCLUSIONES**

### *1. Os menores poden clasificarse como consumidores*

1.1. Os menores actúan de xeito triplo no mercado de consumo: como suxeitos activos, compradores de bens ou servizos; como suxeitos que inflúen nas eleccións e nas compras do fogar; e como futuros consumidores, o obxectivo das estratexias de fidelización de marca. No campo da publicidade, os menores son obxectivos específicos das mensaxes publicitarias, pero tamén se usan como intermediarios, debido ao seu impacto nos adultos.

1.2. Os menores poden clasificarse como consumidores nun sentido máis estrito e contractual, como compradores de bens e servizos dun profesional, mediante a celebración de acordos legais válidos que son unha excepción á súa incapacidade para exercer os seus dereitos. Inclúense as operacións legais da vida actual do menor, ao alcance da súa capacidade natural e que supoñen gastos menores.

1.3. Nun sentido máis amplo de consumidor, que vai máis alá do alcance contractual, os menores son consumidores potenciais, expostos a prácticas comerciais e destinatarios de publicidade dirixida a eles.

2. *Os medios de comunicación, incluídas as redes sociais, teñen un impacto nos menores, que se estende ás súas familias e á sociedade*

2.1. Os medios de comunicación xogan un papel social, económico e cultural, con implicacións inexorables para a vida e a protección dos consumidores. A forma en que os menores son alcanzados e afectados pola comunicación social e comercial é diferente da que ocorre co público adulto consumidor. Por unha banda, debido ao número de horas de consumo de televisión e uso de Internet, os menores están suxeitos a máis estímulos publicitarios e comerciais e, por outra banda, como persoas en formación, aínda non teñen as habilidades cognitivas necesarias para comprender e descodificar este contido comercial, especialmente se está incluído en contido de entretemento audiovisual e dixital.

2.2. Os impactos da publicidade sobre os menores están directamente relacionados cos seus hábitos alimentarios, entre os que se atopan a obesidade infantil e outras enfermidades relacionadas coa alimentación pouco saudable e que no futuro xerarán problemas de saúde pública. Por outra banda, existe unha relación de causalidade entre as mensaxes publicitarias e os conflitos familiares que se xeran cando os pais non responden ás solicitudes de adquisición de menores. A exposición dos menores á publicidade tamén pode ter consecuencias en termos de adulteración

de valores, en particular a difusión de valores consumistas e materialistas, comportamentos desviados e situacións de exclusión e acoso en grupos onde os bens de consumo son un factor de integración e socialización. Ademais, a comunicación comercial, cando transmite actitudes disonantes cara aos valores positivos da convivencia social, contribúe á erotización precoz, á violencia e á creación ou mantemento de estereotipos ou discriminación.

2.3. O ciberespazo concrétese como unha fusión das dimensións reais e virtuais da vida dos menores, en particular das redes sociais, onde viven os máis novos, interactúan cos seus compañeiros e proxectan a súa personalidade, nun fluxo de información que constrúe a pegada dixital dos máis pequenos. Por outra banda, hai unha dilución do ámbito público e privado, cunha desvalorización da privacidade, evidenciada no intercambio de información persoal do menor polos pais, polo propio menor e por terceiros.

2.4. No entorno dixital, é evidente o uso comercial da información recollida de e/ou sobre menores en redes sociais, xogos en liña e aplicacións móbiles. A maioría destas plataformas inclúen publicidade encuberta e estratexias de personalización ou compra, cun impacto significativo e subliminal no comportamento dos nenos. Por outra banda, as aplicacións dirixidas aos nenos son das máis empregadas para a recollida de datos persoais e definicións de perfís por parte das empresas, beneficiándose do feito de que o ambiente en liña está menos regulado e é máis propicio para personalizar a comunicación comercial.

### *3. Os menores son consumidores hipervulnerables, o que impón regulacións específicas*

3.1. O sistema de protección do consumidor baséase na presunción da vulnerabilidade deste suxeito, dende o punto de vista técnico, económico, legal e informativo. A asimetría da información, combinada con prácticas comerciais

insidiosas e a falta de educación do consumidor, contribúe á debilidade dos consumidores no mercado. Os consumidores menores teñen unha dobre vulnerabilidade, combinando a presunta debilidade dos consumidores en xeral coa debilidade inherente á minoría. Como persoas en formación, no desenvolvemento biopsicolóxico, o xeito no que os menores se ven afectados polas prácticas comerciais é diferente do que acontece co público adulto consumidor. Esta vulnerabilidade é particularmente evidente cando son vítimas de prácticas que violan o seu dereito á información ou á privacidade.

3.2. A protección dos menores rexida por normativas civís, de carácter reactivo (a través da nulidade dos actos xurídicos celebrados polos menores, polos seus representantes legais), non é adecuada para prácticas comerciais anteriores ao contrato do consumidor, nas que se debería valorar a prevención.

3.3. En canto aos menores, a regulación do contorno dixital require a consideración de aspectos económicos e contractuais, pero tamén o desenvolvemento da personalidade e o encadramento de retos específicos cun impacto significativo nas decisións de consumo dos menores, como a publicidade comportamental en liña, influenciadores dixitais, prosumidores, datos persoais como contraprestación e xogos publicitarios.

3.4. Tamén é importante integrar a disciplina de protección de datos persoais coa lexislación contractual, xa que a idade do consentimento dixital do propio menor para o tratamento dos seus datos en relación cos servizos da sociedade da información non coincide, por regra xeral, coa idade necesaria para a conclusión de operacións legais válidas. Nun ambiente dixital, onde a contratación se debe principalmente ao cumprimento de cláusulas preestablecidas por profesionais, hai frecuente confusión entre o consentimento para a vinculación contractual e o consentimento para o tratamento de datos, que se combina cun mal coñecemento do contido das devanditas cláusulas. Esta integración é especialmente relevante nos contratos de subministración de contidos e servizos dixitais onde non hai prezo,

pero cando o consumidor menor de idade proporciona datos persoais ao profesional, como xogos dixitais, aplicacións, redes sociais e compartición de vídeo.

*4. O sistema actual (tanto en termos de regulación como de autorregulación) non salvagarda efectivamente os intereses dos menores nesta área*

4.1. En Portugal, a regulación da posición do consumidor menor é escasa e está dispersa en diferentes réximes xurídicos. Aínda que a lei de protección do consumidor non inclúe ningunha mención a menores, a lei sobre prácticas comerciais desleais das empresas en relación cos consumidores acentúa o criterio do consumidor medio e non desenvolve nin materializa a referencia á vulnerabilidade do consumidor segundo a idade. O réxime xurídico da publicidade, a pesar dos desenvolvementos máis recentes, segue a mostrar debilidades en canto á diferenciación dos grupos de idade e á consideración das especificidades de certos obxectos, soportes e contidos da publicidade infantil, como videoxogos, redes sociais e marketing de influenciadores.

4.2. O recente decreto nacional de transposición da nova Directiva de servizos de medios audiovisuais encheu algúns dos baleiros que sinalabamos ao réxime actual dos medios de comunicación, no que ata agora a figura do consumidor estaba ausente. Incluíronse plataformas para compartir vídeos, para o que o lexislador estableceu restricións para a protección dos nenos e mozos consumidores. Non obstante, criticamos a técnica de transposición da Directiva, que resultou nun título carente de organización, intelixibilidade e sistematización, tanto internamente no propio título como no sistema xurídico nacional no seu conxunto.

4.3. Ademais das debilidades xerais do sistema nacional de protección do consumidor, a responsabilidade dos medios de comunicación e os titulares dos medios publicitarios, predominantemente de natureza de infracción administrativa,

non é moi disuasoria. Propoñemos aumentar os mecanismos de rendición de contas, como publicitar a sanción ou suspender a programación.

4.4. A autorregulación ten claros méritos como o seu carácter voluntario, especializado e flexible, a súa rapidez e eficiencia e o feito de ser un elemento de uniformidade e simplificación do marco legal. Pola contra, favorece o corporativismo e o compoñente ético destes sistemas non sempre é capaz de superar a falta de responsabilidade e a ausencia ou a eficacia reducida do compoñente punitivo. En canto á protección dos menores, a experiencia de autorregulación no sector da publicidade e no sector da sociedade da información é moi diversa, xa que mentres que na publicidade hai instrumentos máis consolidados e entidades recoñecidas que garanten unha certa homoxeneidade, na autorregulación aplicable a a sociedade dos servizos de información ten unha clara dispersión e falta de eficacia. Coa excepción do Código de conduta PEGI para videoxogos, a maioría dos instrumentos de autorregulación para protexer aos menores en liña limítanse á definición xenérica de principios e compromisos e baséanse en redes informais de cooperación sen mecanismos de control efectivos.

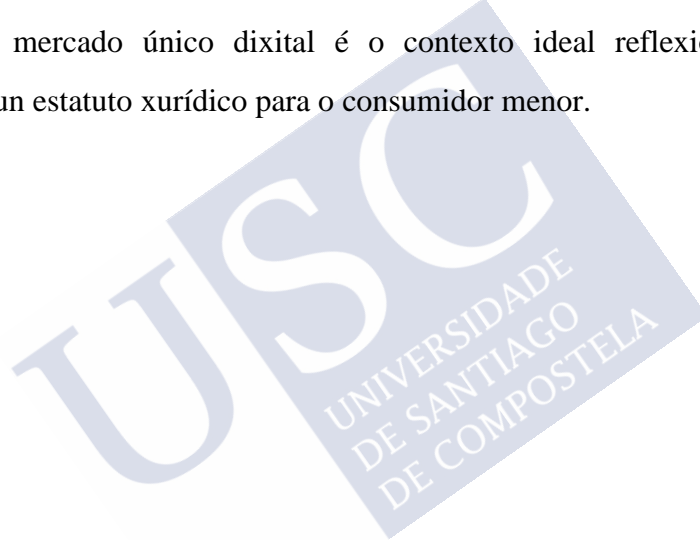
4.5. En canto á protección dos menores, concluímos que a autorregulación é insuficiente e defendemos sistemas de co-regulación nos que as iniciativas da industria se guíen por un marco legislativo de referencia e a posibilidade de intervención estatal en caso de incumprimento, así como por mellorar a educación para o consumo.

5. *É necesario ter un estatuto xurídico integral do menor, que o protexa como suxeito global*

5.1. A opción de sistematizar as normas de protección do consumidor menor e a súa agregación nun único estatuto permitiría, na nosa perspectiva, acadar os seguintes obxectivos: dignificar a persoa do menor e promover a responsabilidade colectiva

no seu desenvolvemento integral; consolidar a afirmación do menor como suxeito autónomo con plenos dereitos de cidadanía, independentemente das responsabilidades paternas que lle preocupen; recoñecer ao menor como suxeito global de dereitos, non só de carácter persoal, senón tamén como suxeito económico e participante no mercado de consumo; e facilitar o coñecemento, a interpretación e a aplicación das normas legais que protexen a súa vulnerabilidade.

5.2. A nova axenda europea do consumidor 2020-2025, que identifica como unha das áreas prioritarias a resposta ás necesidades específicas dos consumidores máis vulnerables, e o paquete de directivas que se está a transpoñer como parte da estratexia do mercado único dixital é o contexto ideal reflexionar sobre a construción dun estatuto xurídico para o consumidor menor.



## **RESUMO**

### **Título:**

Tutela do Consumidor Menor como Público Vulnerável

### **Resumo:**

Para além do estrito âmbito contratual, os consumidores devem ser tutelados enquanto recetores de informação e destinatários de publicidade e práticas comerciais, o que implica a ponderação do papel dos meios de comunicação social enquanto intermediários entre profissionais e consumidores e enquanto titulares de suportes publicitários. Os consumidores menores de idade são um público particularmente vulnerável, o que exige uma regulamentação específica, sobretudo atento o impacto dos meios audiovisuais e digitais na construção da sua personalidade. Na medida em que o sistema vigente quer ao nível da regulação quer da autorregulação não acautela de forma efetiva os interesses dos menores neste domínio, defendemos a necessidade de um estatuto jurídico integrado do menor, que o tutele como sujeito autónomo e global.

### **Palavras-chave:**

Consumidor; Menores; Público; Comunicação; Publicidade



## **ABSTRACT**

### **Title:**

Younger Consumer Protection as a Vulnerable Public

### **Abstract:**

In addition to the strict contractual scope, consumers must be protected as receivers of information and recipients of advertising and commercial practices, which implies considering the role of the media as intermediaries between professionals and consumers and as holders of advertising media. Underage consumers are a particularly vulnerable audience, which requires specific regulation, especially regarding the impact of audiovisual and digital media on the construction of their personality. To the extent that the current system, both in terms of regulation and self-regulation, does not effectively safeguard the interests of minors in this area, we defend the need for an integrated legal status for minors, which protects them as an autonomous and global subject.

### **Keywords:**

Consumer; Minors; Public; Communication; Advertising

## ÍNDICE

<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>2</b>
<b>RESUMO DA TESE EN GALEGO .....</b>	<b>3</b>
<b>RESUMO .....</b>	<b>31</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>32</b>
<b>ÍNDICE .....</b>	<b>33</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....</b>	<b>36</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>38</b>
<b>CAPÍTULO I: O MENOR COMO SUJEITO AUTÓNOMO DE DIREITOS .....</b>	<b>46</b>
1. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO MENOR .....	46
2. DIREITOS DE PERSONALIDADE DO MENOR .....	47
3. O MENOR SUJEITO ÀS RESPONSABILIDADES PARENTAIS .....	52
4. O MENOR COMO CONSUMIDOR .....	56
5. O MENOR NA PERSPETIVA DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS E EUROPEIAS .....	60
CONCLUSÕES (CAPÍTULO I) .....	79
<b>CAPÍTULO II: CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL.....</b>	<b>82</b>
1. CONSUMIDOR, CIDADÃO E PÚBLICO.....	82
1.1. O conceito de consumidor na sua polissemia.....	82
1.2. A vulnerabilidade (também informativa) do consumidor .....	87
1.3. Evolução do conceito de consumidor vulnerável no acervo comunitário .....	99
1.4. Consumidor-cidadão e a dimensão coletiva dos interesses.....	116
1.5. Os direitos do consumidor como direitos fundamentais .....	121
1.6. Consumidores enquanto público dos <i>media</i> .....	126
1.7. Meios de comunicação social como suportes publicitários.....	133
1.8. As redes sociais no panorama dos meios de comunicação .....	137
2. INFORMAÇÃO E PUBLICIDADE .....	143
2.1. Direito do consumidor à informação.....	143
2.2. A publicidade como dimensão desse direito .....	156
2.3. A relevância jurídica da publicidade .....	170
3. O CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO VULNERÁVEL .....	186
3.1. A (hiper)vulnerabilidade dos menores como consumidores .....	186
3.2. O impacto da publicidade nos menores.....	196

3.3.	Aspetos da personalidade do menor em ambiente digital .....	207
	CONCLUSÕES (CAPÍTULO II) .....	222
	<b>CAPÍTULO III: CONSENTIMENTO DO MENOR CONSUMIDOR .....</b>	<b>230</b>
1.	CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS .....	230
1.1.	O tratamento de dados pessoais dos menores no âmbito do RGPD.....	230
1.2.	A idade de consentimento digital .....	234
1.3.	A prestação do consentimento.....	239
2.	CONSENTIMENTO NO ÂMBITO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL .....	248
2.1.	Celebração do contrato.....	248
2.2.	Direito de livre resolução .....	259
	CONCLUSÕES (CAPÍTULO III) .....	264
	<b>CAPÍTULO IV: FORMAS DE TUTELA DO CONSUMIDOR MENOR .....</b>	<b>266</b>
1.	REFLEXÕES PRÉVIAS .....	266
1.1.	Paradigmas e paradoxos da proteção dos consumidores.....	266
1.2.	Necessidade de uma regulamentação específica da publicidade dirigida a menores	275
2.	REGULAMENTAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL .....	283
2.1.	A publicidade comportamental <i>online</i> .....	284
2.2.	Os influenciadores digitais.....	293
2.3.	Os prosumidores.....	304
2.4.	Dados pessoais como contraprestação de serviços digitais.....	307
2.5.	<i>Advergames</i> .....	311
3.	ANÁLISE CRÍTICA DA REGULAÇÃO .....	313
3.1.	Insuficiências do regime jurídico vigente .....	313
3.2.	Inadequação do regime sancionatório .....	321
3.3.	Fragilidades do sistema de defesa e fiscalização.....	323
4.	NECESSIDADE DE UM ESTATUTO JURÍDICO INTEGRADO DO MENOR .....	326
4.1.	Perspetiva comparada.....	326
4.2.	Do direito constituído ao direito a constituir.....	337
	CONCLUSÕES (CAPÍTULO IV) .....	347
	<b>CAPÍTULO V: AUTORREGULAÇÃO .....</b>	<b>355</b>
1.	MÉRITOS DOS CÓDIGOS DE CONDUTA E OUTROS INSTRUMENTOS SIMILARES ....	355
2.	DESVANTAGENS DA AUTORREGULAÇÃO .....	361
3.	ADEQUAÇÃO DOS INSTRUMENTOS TRADICIONAIS ÀS NOVAS REALIDADES COMUNICACIONAIS.....	364

CONCLUSÕES (CAPÍTULO V) .....	387
<b>CONCLUSÕES GERAIS.....</b>	<b>388</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>395</b>
<b>ANEXO: RESUMEN DE LA TESIS EN CASTELLANO.....</b>	<b>424</b>



## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ANACOM	Autoridade Nacional de Comunicações
ARP	Autorregulação Publicitária
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Brasil)
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CESE	Comité Económico e Social Europeu
Cf.	Confira
Cit.	Citado
CNUDC	Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança
Consult.	Consultado em
CP	Código Penal
CPub	Código da Publicidade
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGC	Direção-Geral do Consumidor
DL	Decreto-Lei
EASA	European Advertising Standards Alliance
ERC	Entidade Reguladora para a Comunicação Social
ex.	exemplo
FEDMA	Federation of European Direct and Interactive Marketing
GT29	Grupo de Trabalho do Artigo 29.º
i.e.	Id est (isto é)
ICAS	International Council for Advertising Self-Regulation
ICC	International Chamber of Commerce
LCDFE	Lei dos contratos à distância e fora do estabelecimento comercial
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
LG	Lei das Garantias

LI	Lei da Imprensa
LPCD	Lei das Práticas Comerciais Desleais
LR	Lei da Rádio
LSGP	Lei da Segurança Geral dos Produtos
LT	Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido
OBA	Online Behavioural Advertising
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PEGI	Pan European Game Information
RCCG	Regime das Cláusulas Contratuais Gerais
RGPD	Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados
segs.	Seguintes
SNS	Social Networking Services
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TIC	Tecnologias da Informação e Comunicação
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

## INTRODUÇÃO

*“Para educar uma criança é preciso toda  
uma aldeia” (Provérbio africano)*

### 1. JUSTIFICAÇÃO

Existimos na sociedade do *consumo* e da *comunicação*. Abraçamos este contexto, sem pretensões de definir ou descrever exhaustivamente qualquer um daqueles conceitos, mas seguros de que tal significa, acima de tudo, a imersão numa realidade económica, social e jurídica inelutavelmente global. Uma e outra realidade não são desagregáveis, na medida em que os consumidores são, acima de tudo, pessoas que fazem escolhas e essas escolhas são cerzidas pela realidade comunicacional que os envolve. Filha da revolução industrial e comercial<sup>1</sup>, a sociedade de consumo erigiu da abundância, massificação e homogeneidade, da superação do atomismo que até então caracterizava os processos de contratação dos bens e serviços.<sup>2</sup> Hoje, num estádio apelidado de sociedade do hiperconsumo ou “sociedade de estímulo para o consumo”<sup>3</sup>, caracteriza-se pela “democratização do

---

<sup>1</sup> Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Do direito do consumo ao código do consumidor*, 1999, p. 207.

<sup>2</sup> Cf. BEJA SANTOS, *Do surgimento da produção em série à actual sociedade de consumo e comunicação*, 1997, p. 29. Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada*, 2010, p. 222.

<sup>3</sup> Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 115.

acesso a bens de consumo”<sup>4</sup>, favorecida pela informação, pela publicidade, pelo *marketing*, em suma pela comunicação.<sup>5</sup>

O objeto que elegemos para a nossa investigação situa-se precisamente na confluência entre o Direito do Consumo e o Direito da Comunicação. Quando falamos dos direitos do consumidor, referimo-nos primordialmente à relação jurídica que se estabelece entre um consumidor e um profissional que lhe fornece bens ou presta serviços. A nossa investigação centra-se no consumidor enquanto *público* e pretende assim chamar à reflexão um outro sujeito que medeia aquela relação jurídica: os meios de comunicação social, mormente os audiovisuais e digitais. A tutela dos direitos do consumidor, constitucionalmente consagrados como direitos fundamentais, reveste uma dimensão de cidadania. Impõe-se a ponderação dos interesses coletivos dos consumidores, considerados como recetores de informação, público dos *media*, destinatários de publicidade, expostos

---

<sup>4</sup> Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 123.

<sup>5</sup> Pela sua clareza, aqui transcrevemos as características da sociedade do consumo, interligadas entre si, apontadas por Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros: “incremento do desenvolvimento industrial, conexo com o progresso científico e tecnológico; aumento do nível de satisfação das necessidades elementares dos consumidores; aumento do consumo (aumento da escolha), com diminuição dos encargos com os bens de primeira necessidade; desmaterialização das necessidades, que se tornam mais volúveis; eclosão de uma verdadeira cultura do consumo (o desenvolvimento deslocou-se do aumento da produção para o incremento do consumo); refinamento e elevação do nível de exigência de satisfação das necessidades (“o matar a fome” cedeu perante o “saborear a comida”) (o “descansar” deu lugar ao “ocupar o tempo”); diminuição do ciclo de vida dos produtos tendencialmente duradouros (quer porque a evolução técnica os torna ultrapassados quer porque assim foram concebidos, com vista à sustentabilidade das metas da produção); a decisão de comprar é um acto mais aleatório e de menor ponderação (é assim que, nas grandes superfícies comerciais, se anunciam produtos a preços convidativos, no intuito de atrair o comprador, que seguramente irá adquirir outros produtos que não pensou comprar; lógica que faz com que sejam disputados por vendedores locais estratégicos para a venda dos seus produtos); eclosão da publicidade como factor preponderante na determinação da escolha dos produtos, em prejuízo da qualidade destes e repercutindo-se em agravamento dos preços; expansão geográfica dos mercados; multiplicidade de intermediários; produção e comercialização ditam as necessidades do consumidor; conflito entre a satisfação das necessidades básicas e o alimentar dos sonhos; incremento do crédito ao consumo (depois de se ter deixado de guiar pelas suas necessidades básicas, o consumidor vai deixar também de estar limitado pelos meios financeiros de que dispõe).” - Cf. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA e JOSÉ M. ARAÚJO DE BARROS, *Direitos Difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, 2007, p. 100-101.



a práticas comerciais. Enquanto meios de comunicação social, e como ditado pelos próprios fins da sua atividade, os *media* estão obrigados a promover os direitos dos consumidores. Enquanto meios de comunicação comercial, são responsáveis como veículo entre anunciantes e destinatários das mensagens publicitárias, responsabilidade essa particularmente exigente perante os públicos mais vulneráveis.

A investigação será centrada numa dessas categorias de vulnerabilidade, a do consumidor *menor de idade*, para a qual o Direito Civil não dá resposta adequada. No plano internacional, europeu e nacional, os direitos das crianças e jovens são tratados de forma parcelar, nomeadamente enquanto sujeitos a relações jurídicas familiares ou na perspetiva tutelar. Por outro lado, em matéria de responsabilidade dos meios de comunicação social, a doutrina e jurisprudência abordam quase unicamente as problemáticas dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (como a honra, imagem e privacidade) ou as relacionadas com os direitos de personalidade e segurança *online*, e não os seus *direitos económicos*, enquanto consumidores e destinatários de publicidade. Pretendemos definir a responsabilidade daqueles meios enquanto intermediários da relação jurídica de consumo, de modo particular face às hipervulnerabilidades do consumidor menor e no contexto das problemáticas inerentes às novas realidades digitais e seu impacto nos menores, famílias e sociedade. Os menores, mais expostos e vulneráveis à comunicação comercial, devem ser objeto de uma tutela acrescida, numa responsabilidade partilhada pelo estado e pela sociedade, incluindo os seus agentes económicos e comunicacionais. O nosso estudo pretende compreender o impacto dos meios de comunicação e redes sociais no estatuto do menor enquanto sujeito constitucional, civil e consumidor, e equacionar a necessidade (em Portugal) de um estatuto jurídico integrado do menor como elemento de construção de cidadania.

Nesta delimitação inicial, podemos entender o conceito de *consumidor*, à luz da legislação portuguesa, em três sentidos diferentes:

- Primeiramente, uma dimensão de cidadania e de coletividade, derivada da consideração dos direitos do consumidor como direitos fundamentais do *cidadão* e incumbência dos entes públicos, desde logo quando à informação e formação do consumidor e à dinamização de instâncias de resolução de conflitos de consumo;
- Em segundo lugar, o conceito de consumidor propriamente dito, conexo com a vertente *contratual*, em que o consumidor é definido como aquele a quem são fornecidos bens ou prestados serviços por um profissional;
- Por último, a visão do consumidor como aquele a quem são direccionadas práticas comerciais ou a quem é dirigida publicidade, independentemente da celebração de um concreto contrato de consumo, o que implica para além do profissional que anuncia ou promove os seus produtos, os meios que medeiam esta relação do ponto de vista comunicacional e veiculam a comunicação comercial.

Ora é sobretudo nesta última aceção que a nossa investigação se insere. Pretendemos refletir sobre a tutela do consumidor menor enquanto *público*, destinatário de informação, publicidade e práticas comerciais. E sobre as vulnerabilidades em particular quanto à informação e autodeterminação exigidas para a tomada de decisões de consumo.

Tomando como premissa que “todo o acto de consumo é basicamente um acto económico de escolha na pluralidade de opções que o mercado propicia e tal escolha é também uma forma de comunicação e cultura”<sup>6</sup>, refletimos sobre o papel dos meios de comunicação social nesta dinâmica pluridimensional. Atenta a sua

---

<sup>6</sup> Cf. COSETE CORREIA e MÁRIO BEJA SANTOS, *A informação e a educação do consumidor*, 1997, p. 162.

função *social* de promoção do pluralismo e cidadania, a sua função *económica* de intermediação entre os anunciantes e o público consumidor, e a sua função *cultural* de definição de padrões de comportamento e valores de vivência social. Ao longo do nosso trabalho, privilegiamos uma perspetiva tripartida entre o problema, a solução e a reflexão, i.e., através da exposição das principais problemáticas que se colocam na relação entre os consumidores e os meios de comunicação social, a indicação das soluções do regime jurídico vigente e uma reflexão quanto às impotências daquele regime na vida quotidiana dos consumidores.

Um exemplo da hodiernidade da temática no que se refere aos menores é a queixa apresentada pela organização de consumidores europeia BEUC<sup>7</sup> contra a plataforma de partilha de vídeos TikTok, por não proteger as crianças de publicidade oculta e conteúdo impróprio. A queixa respeita ainda a cláusulas abusivas e enganosas incluídas nos termos de serviço da popular plataforma, bem como práticas de tratamento de dados pessoais pouco transparentes.<sup>8</sup>

Tal implica a análise crítica das atuais formas de tutela do consumidor menor em Portugal, ao nível da regulação e da autorregulação. O nosso objetivo é contribuir para uma compreensão global dos direitos dos menores enquanto sujeitos económicos e sustentar uma proposta legislativa relativa ao estatuto jurídico do menor e alterações à regulamentação vigente em matéria de publicidade e meios de comunicação.

---

<sup>7</sup> A BEUC é um “grupo guarda-chuva” de 45 associações de defesa do consumidor em 32 países (os 27 Estados-Membros da União Europeia e Islândia, Macedônia do Norte, Noruega, Suíça e Reino Unido). Fundada em 1962, a sigla BEUC tem origem no nome em francês *Bureau Européen des Unions de Consommateurs*.

<sup>8</sup> Cf. informações e documentos relativos à ação na WWW:< <https://www.beuc.eu/tiktok>> [Consult. 07.03.2021].

## **2. METODOLOGIA E ESTRUTURA**

A tese tem carácter dogmático e exegético, de análise do *de iure constituto* e *de iure constituendo*. A referência será o ordenamento jurídico nacional português, necessariamente conformado pelas diretrizes europeias, salvo breves apontamentos de direito comparado meramente instrumentais.

Sistematicamente, estruturamos o nosso trabalho em cinco partes, precedidas da presente introdução que fundamenta a escolha do tema, objetivos e metodologia, seguidas das conclusões e bibliografia, e por último os resumos em galego e castelhano.

i) *O menor como sujeito autónomo de direitos*: na primeira parte, a título de antecedentes, traçamos a panorâmica geral da proteção autónoma do menor no ordenamento jurídico nacional, nos planos constitucional, civil e consumerista, bem como a perspectiva das instituições internacionais e europeias destinadas à sua tutela.

ii) *Consumidor menor como público dos meios de comunicação social*: a segunda parte é destinada já à inter-relação entre os menores e os meios de comunicação social. No primeiro capítulo, tecemos um conjunto de considerações a propósito de um sujeito que é uno, mas que assume diferentes papéis (consumidor, cidadão e público) na sua relação com os meios de comunicação social. Apontamos a polissemia do conceito de consumidor, a vulnerabilidade que sustenta o regime de proteção deste sujeito e o seu lugar na coletividade e enquanto público dos *media* e destinatário da publicidade por estes veiculada. No segundo capítulo, autonomizamos as questões relacionadas com a informação ao consumidor, de modo particular a função informativa inerente à publicidade e sua relevância jurídico-contratual nas relações de consumo. No terceiro capítulo, direccionamos para a tutela dos menores, consumidores e público vulnerável, nomeadamente

quanto ao impacto da comunicação comercial em geral e aspetos específicos a ponderar em ambiente digital.

iii) *Consentimento do menor consumidor*: a terceira parte é dedicada às questões relacionadas com a prestação do consentimento pelo próprio menor ou pelos titulares das responsabilidades parentais, seja para o tratamento de dados pessoais, mormente com finalidades publicitárias e comerciais, seja no âmbito da vinculação contratual, incluindo nos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

iv) *Formas de tutela do consumidor menor*: na quarta parte fazemos uma análise crítica do sistema vigente. A título de reflexão prévia, aludimos a alguns paradigmas que integram as políticas de proteção do consumidor, mas que se revelam paradoxais na vida quotidiana. De seguida, justificamos a necessidade de uma regulamentação específica da publicidade dirigida a menores e as principais particularidades da regulamentação do ambiente digital. Num segundo capítulo, dedicado à regulação, apreciamos as insuficiências do regime jurídico (com proposta de alterações legislativas a implementar), a inadequação do regime sancionatório e as fragilidades do próprio sistema de defesa e fiscalização. Por último, refletimos sobre a necessidade de um estatuto jurídico integrado do menor, com uma breve perspetiva de direito comparado e de direito a constituir.

v) *Autorregulação*: a quinta parte é dedicada aos códigos de conduta e outros instrumentos de autorregulação, incluindo os seus méritos, desvantagens e a adequação às novas realidades comunicacionais.

### **3. OBJETIVOS**

A hipótese inicial da nossa investigação parte da constatação de que é necessário construir um *estatuto jurídico do menor consumidor como público vulnerável*, hipótese essa desagregada nos seguintes tópicos:

- Os menores podem ser qualificados como consumidores;
- Os meios de comunicação social, incluindo as redes sociais, têm um impacto nos menores, que se estende às suas famílias e sociedade;
- Os menores são consumidores hipervulneráveis, o que impõe uma regulamentação específica;
- O sistema vigente (quer ao nível da regulação quer da autorregulação) não acautela de forma efetiva os interesses dos menores neste domínio;
- É necessário um estatuto jurídico integrado do menor, que o tutele como sujeito global.

## **CAPÍTULO I: O MENOR COMO SUJEITO AUTÓNOMO DE DIREITOS**

### **1. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO MENOR**

A Constituição da República Portuguesa (CRP) referencia os menores nas suas normas de tutela da infância e da juventude, inseridas na Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), Capítulo II (Direitos e deveres sociais).

Nelas se plasma o direito das crianças e jovens à proteção estadual, respetivamente nos artigos 69.º e 70.º CRP. Todavia, a lei fundamental não delimita, em termos de idade, quem é “criança” ou “jovem”. Por força da integração no direito português das normas constantes de convenções internacionais (artigo 8.º CRP), acolhemos a noção de “criança” da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, segundo a qual “criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.<sup>9</sup> No nosso país, “criança” e “menor” podem, assim, ser tidos como conceitos coincidentes para efeitos de tutela constitucional, mas em articulação com a noção e tutela de outra categoria de sujeitos cuja delimitação etária a Constituição não concretizou, a de “jovem”.

Gomes Canotilho e Vital Moreira fazem notar que esta separação entre infância e juventude “não obriga a uma estrita separação etária nem proíbe a sobreposição das duas categorias”<sup>10</sup>. Adicionalmente, em legislação infraconstitucional, como acontece com a Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, o legislador contempla ainda a categoria do “adolescente”,

---

<sup>9</sup> A Convenção, de 20 de novembro de 1989, entrou em vigor em 1990 e foi nesse ano ratificada por Portugal (cf. Resolução da Assembleia da República 20/90, de 12 de setembro).

<sup>10</sup> Cf. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1.º a 107.º*, 2007, p. 875.

cujos limites, ainda que não delimitados legalmente, se aceita estarem compreendidos entre a infância e a adolescência. Por seu turno, a juventude, quer socialmente, quer no âmbito de aplicação de variadas políticas, estende-se para lá da maioridade, diluindo-se já na categoria de jovens adultos.

É diversa a tutela constitucional da infância e da juventude. As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu *desenvolvimento integral* (artigo 69.º CRP). Gomes Canotilho e Vital Moreira suportam esta noção constitucional de desenvolvimento integral em dois elementos: um (“estático”, mas fundamental para o alicerçamento do direito ao desenvolvimento”) que é a garantia da dignidade da pessoa humana, e outro (dinâmico) que é a “consideração da criança como pessoa em formação [...], cujo desenvolvimento exige o aproveitamento de todas as suas virtualidades”.<sup>11</sup> Já os jovens gozam de proteção especial para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais (artigo 70.º CRP), nos quais se incluem os de consumidor.

## **2. DIREITOS DE PERSONALIDADE DO MENOR**

Nos termos do Código Civil (CC) português, no momento do seu nascimento os menores adquirem personalidade jurídica (artigo 66.º CC) e são, intrinsecamente, titulares de *direitos de personalidade* física e moral, direitos inatos da pessoa e reconhecidos pelo Direito. Tutelados por lei, ofensas ou ameaças de ofensa a estes direitos de personalidade implicam responsabilidade criminal e civil, bem como a possibilidade de requerer as “providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da

---

<sup>11</sup> Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1.º a 107.º*, 2007, p. 869-870.



ofensa já cometida” (artigo 70.º CC), incluindo depois da morte<sup>12</sup> do titular (artigo 71.º CC).

O Código Civil desenvolve alguns dos direitos de personalidade, como sejam o direito ao nome (artigos 72.º a 74.º CC), à confidencialidade de escritos e correspondência (artigos 75.º a 78.º CC), à imagem (artigo 79.º CC) e à reserva sobre a intimidade da vida privada (artigo 80.º CC).

Os dois últimos assumem especial relevância quando nos referimos aos menores, particularmente a sua atuação em ambiente digital. No que se refere ao *direito à imagem*, estabelece o Código Civil como regra de que “o retrato de uma pessoa não pode ser exposto, reproduzido ou lançado no comércio sem o consentimento dela” (artigo 79.º n.º 1 CC). Uma leitura atual deste normativo de 1966 é a de que a imagem (sob a forma de fotografia ou filmagem, por exemplo) de uma pessoa não pode ser publicada, partilhada ou de qualquer forma utilizada para finalidades comerciais sem o seu consentimento. O próprio Código estabelece, no artigo 79.º n.º 2 um conjunto de exceções em que não é necessário o consentimento, designadamente pela notoriedade ou cargo da pessoa, por exigências de polícia ou justiça, por finalidades científicas, didáticas ou culturais, e se a imagem for enquadrada em lugares públicos ou factos de interesse público ou decorridos publicamente. Por sua vez, o n.º 3 do mesmo artigo consagra uma salvaguarda (que funciona como uma contra exceção) de que, mesmo nestas hipóteses, a imagem não pode ser reproduzida “se do facto resultar prejuízo para a honra, reputação ou simples decoro” da pessoa. O direito à imagem confronta aqui

---

<sup>12</sup> A questão da “herança digital”, por exemplo, coloca ao Direito alguns desafios. Veja-se a decisão do Tribunal Federal de Justiça Alemão (*Bundesgerichtshof* ou BGH) que concedeu aos pais direitos sobre a conta no *Facebook* da falecida filha. Os pais pediram o acesso para poderem determinar se a morte da filha, de 15 anos, atropelada por um comboio em 2012, tinha sido suicídio ou acidente, pedido recusado pela rede social. Em 2015, o tribunal de primeira instância acolheu a pretensão dos pais, considerando que os dados *online* deviam ser tratados como correspondência privada e incluídos na herança da falecida. Em 2017 o tribunal de recurso deu razão ao *Facebook*, considerando que o contrato entre a menor e a rede social havia terminado com a sua morte. Em 2018, o BGH resolveu a questão definitivamente a favor dos progenitores – Cf. Decisão III ZR 183/17 de 12.07.2018, disponível na WWW:< <https://juris.bundesgerichtshof.de/>> [Consult. 12.11.2020].

com um outro direito de personalidade, o da honra, no reconhecimento de que, quando a reprodução da imagem tiver associada a “reprodução” de referências menos abonatórias, deixa de ter lugar a dispensa de consentimento.

Em termos penais, ao bem jurídico imagem é equiparada a palavra, na consagração do crime de “gravações e fotografias ilícitas” no artigo 199.º do Código Penal (CP), no qual incorre quem sem consentimento gravar ou utilizar palavras proferidas por outra pessoa e não destinadas ao público, mesmo que lhe sejam dirigidas ou contra vontade filmar ou fotografar outra pessoa ou utilizar essas imagens. Não obstante a diferente valoração da vontade para efeitos de preenchimento do tipo legal de crime (“sem consentimento” no caso da palavra e “contra vontade” no caso da imagem), em ambos os casos a tutela do direito opera em dois momentos distintos, o da captação da imagem ou palavra e o da utilização feita dessas gravações ou imagens, mesmo que lícitamente captadas.

Um outro direito de personalidade expressamente preceituado no Código Civil é o direito à *reserva sobre a intimidade da vida privada*, que o legislador definiu precisamente pelo contraponto de todos deverem guardar essa reserva quanto à esfera de privacidade de outrem, mas reconhecendo que a extensão da reserva pode variar “conforme a natureza do caso e a condição das pessoas” (artigo 80.º CC). A condição de se tratar de um sujeito menor de idade é naturalmente um aspeto a considerar para a definição de uma maior reserva quanto à sua vida privada. Como veremos em capítulo próprio, importa nesta matéria considerar por um lado a limitação voluntária deste direito de personalidade traduzida numa auto-publicização pelo próprio menor ou pelos seus pais e, por outro lado, eventuais violações desta privacidade nas relações de consumo e/ou para finalidades comerciais.

Já o Código Penal consagra vários crimes contra a reserva da vida privada (artigos 190.º a 198.º CP), relacionados com a violação do próprio espaço físico habitacional, a devassa da vida privada (que inclui a reprodução não consentida de

comunicações, imagens ou factos da vida privada) ou por meio de informática, a violação de correspondência e comunicações e a violação ou aproveitamento de segredos.

Um terceiro direito que nos merece destaque é o direito à *honra*, bom nome ou reputação. Apesar de não ter tratamento autónomo enquanto direito de personalidade no Código Civil, traduz uma incomensurável dimensão da personalidade moral, frequentemente em conexão com os direitos à imagem e honra. A ofensa a este direito, pela afirmação ou difusão de factos suscetíveis de o prejudicar, é reiterada como geradora de responsabilidade civil (artigo 484.º CC). Já no plano criminal, os crimes contra a honra (artigos 180.º a 189.º CP) ocupam todo um capítulo dos crimes contra as pessoas e incluem, entre outros, os tipos legais de crime de difamação (quando as imputações ou juízos ofensivos sejam feitos dirigindo-se a terceiros) e injúria (diretamente ao ofendido), seja verbal, por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão. Ambas as condutas podem ser agravadas se o agente conhecia a falsidade da imputação (calúnia) ou se praticadas através de meios ou circunstâncias que facilitem a sua divulgação, bem como através de meios de comunicação social (publicidade), como se podem considerar as redes sociais<sup>13</sup>.

Frequentemente estes direitos de personalidade estão em conexão ou simbiose entre si, atento o “caráter complexo e unitário da personalidade humana”<sup>14</sup>. Por exemplo, a publicação de uma fotografia pode não contender apenas com a imagem do menor, mas envolver aspetos da sua privacidade ou referências ofensivas da sua reputação. O ambiente digital e as redes sociais, por

---

<sup>13</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, no processo 1087/12.9TAMTS.P1, de 30.10.2013, disponível na WWW:< <http://www.dgsi.pt/>> [Consult. 12.11.2020], que considerou que: “Constitui “meio de comunicação social”, para o feito do nº 2 do artigo 183º do Código Penal uma página do “Facebook” acessível a qualquer pessoa e não apenas ao grupo de “amigos”.”

<sup>14</sup> Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Podem os pais publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais?*, 2015, p. 322.

natureza, são espaços de publicidade e “eco” de todas estas ofensas, particularmente lesivas da personalidade do menor, quer pela envolvimento de terceiros, também utilizadores dessas redes, quer pela “viralidade” e perpetuidade na partilha de imagens, informações e imputações.

As soluções reativas do Direito, a nível civil e criminal não são bastantes para reparar os danos ou colmatar socialmente tais ofensas. E mesmo o alcance das *providências* referidas no artigo 70.º n.º 2 CC, para evitar ou atenuar os efeitos da ofensa a direitos de personalidade, é hoje limitado. Se anteriormente era ponderável aqui, por exemplo, a apreensão de negativos de fotografias ou proibição de comercialização de publicações, na época do *once online, always online* e da disseminação massiva e pouco rastreável de conteúdos tais tentativas são muitas vezes infrutíferas. A língua inglesa expressa a ideia de reparação no termo *redress*, que literalmente pode significar “voltar a vestir” quem foi despido dos seus direitos. Ora quando nos referimos a práticas digitais violadoras de direitos de personalidade, mesmo após a intervenção do Direito, o sujeito permanece frequentemente “nu” do ponto de vista psicológico e social.

Uma última referência para a recentemente aprovada “Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital”<sup>15</sup>. No documento inclui-se a promoção da utilização responsável do ciberespaço e de proteção contra todas as formas de discriminação e crime, incluindo contra o assédio ou exploração sexual de crianças (artigo 4.º n.º 3), o direito à cibersegurança em especial por parte de crianças e jovens (artigo 15.º) e um artigo específico sobre direito das crianças das crianças onde se determina que “as crianças têm direito a proteção especial e aos cuidados necessários ao seu bem-estar e segurança no ciberespaço” e que “as crianças podem

---

<sup>15</sup> O procedimento legislativo e texto final do decreto da Assembleia da República enviado para promulgação estão disponíveis na WWW:<  
<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45116>>  
[Consult. 09.05.2021].

expressar livremente a sua opinião e têm a liberdade de receber e transmitir informações ou ideias, em função da sua idade e maturidade” (artigo 20.º).

### **3. O MENOR SUJEITO ÀS RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

O Código Civil determina que os filhos estão sujeitos às responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação (artigo 1877.º CC), respetivamente ao perfazer 18 anos (artigo 130.º CC) ou pelo casamento (artigo 132.º CC).<sup>16</sup> Pela maioridade ou emancipação, o menor adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor livremente dos seus bens (artigo 130.º e 133.º CC).

A coincidência entre a maioridade e a cessação das responsabilidades parentais sofre algumas derrogações, ora no sentido de deixarem de ser exercidas, total ou parcialmente, em idade inferior aos 18 anos, ora estendendo algumas das

---

<sup>16</sup> Em Portugal, coexistem duas modalidades de casamento: católico ou civil (artigo 1587.º n.º 1 CC), sendo que este último pode ser celebrado sob forma civil ou religiosa (artigo 1615.º CC). A lei civil reconhece valor e eficácia ao casamento católico (artigo 1587.º n.º 2 CC). Por sua vez, o casamento católico rege-se, quanto aos efeitos civis, pelas normas comuns do Código Civil (artigo 1588.º CC) e só pode ser celebrado por quem tiver a capacidade matrimonial exigida na lei civil (artigo 1596.º CC). O regime de impedimentos matrimoniais é, pois, comum a ambas as modalidades de casamento. Relativamente à emancipação, importa verificar os pressupostos da celebração do casamento civil e regime dos impedimentos matrimoniais. A idade inferior a 16 anos é um impedimento dirimente absoluto, obstando ao casamento da pessoa a quem respeitam com qualquer outra (artigo 1601.º a) CC), sendo causa de anulabilidade do casamento (artigo 1631.º a) CC), anulabilidade essa que se considera sanada se antes de transitar em julgado a sentença de anulação o casamento for confirmado pelo menor não núbil depois de atingir a maioridade (artigo 1633.º n.º 1 a) CC). Já quanto ao menor núbil, com 16 ou 17 anos, é impedimento impeditivo ao casamento a falta de autorização dos pais ou do tutor, quando não suprida pelo conservador do registo civil (artigo 1604.º a) CC), que pode suprir tal autorização quando a celebração do casamento se justifique por razões ponderosas e o menor tiver suficiente maturidade física ou psíquica (artigo 1612.º n.º 2 CC). Sem autorização dos pais ou tutor ou o respetivo suprimento, o casamento é válido, mas a lei determina a sanção especial de que o menor continua a ser considerado menor quanto à administração dos bens que leve para o casamento ou que posteriormente lhe advenham por título gratuito até à maioridade (artigo 1649.º CC).

prerrogativas incluídas no conteúdo das responsabilidades para além da idade de maioridade legal. Desde logo, como já referido, o menor deixa de estar sujeito às responsabilidades parentais caso seja emancipado pelo casamento. Por outro lado, os pais ficam desobrigados de assumir o sustento e as despesas relativas à segurança, saúde e educação do filho na medida em que este esteja em condições de suportar pelos seus próprios rendimentos tais encargos (artigo 1879.º CC). Em sentido inverso, o artigo 1880.º CC estipula um prolongamento desta obrigação parental se, no momento da maioridade ou emancipação, o filho não tiver completado a sua formação profissional, de acordo com critérios de razoabilidade quer na medida da obrigação quer na sua duração temporal.<sup>17</sup>

Até à maioridade ou emancipação, os pais são titulares de um conjunto de prerrogativas de cariz pessoal e patrimonial que integram o conteúdo das responsabilidades parentais. Compete-lhes, designadamente, e no interesse dos filhos, velar pela sua segurança e saúde, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar os seus bens (artigo 1878.º CC). O poder de representação, nos termos do artigo 1881.º CC, compreende o exercício de todos os direitos e obrigações do filho, excetuados os atos puramente pessoais, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e os atos respeitantes a bens cuja administração não caiba aos pais (artigo 1881.º CC).

A tutela do menor como consumidor implica, neste capítulo introdutório, enquadrar os atos praticados pelos menores, designadamente os atos jurídicos de consumo.

Os menores são incapazes para o exercício de direitos (artigo 123.º CC), sendo anuláveis os negócios jurídicos celebrados por ele celebrados (artigo 125.º

---

<sup>17</sup> O artigo 1905.º n.º 2 CC estabelece ainda que “Para efeitos do disposto no artigo 1880.º, entende-se que se mantém para depois da maioridade, e até que o filho complete 25 anos de idade, a pensão fixada em seu benefício durante a menoridade, salvo se o respetivo processo de educação ou formação profissional estiver concluído antes daquela data, se tiver sido livremente interrompido ou ainda se, em qualquer caso, o obrigado à prestação de alimentos fizer prova da irrazoabilidade da sua exigência.”

CC). A incapacidade dos menores é suprida pelas responsabilidades parentais (artigo 124.º CC), cabendo ao progenitor que as exerce a legitimidade para requerer a anulação dos negócios celebrados pelo menor (artigo 125.º n.º 1 b) CC) ou para confirmar tais negócios e sanar assim a anulabilidade (artigo 125.º n.º 2 CC).

Excecionalmente são válidos, como dispõe o artigo 127.º CC: a) os atos de administração ou disposição de bens que o maior de 16 anos haja adquirido por seu trabalho; b) os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas ou disposições de bens de pequena importância; e c) os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

A matéria do exercício das responsabilidades parentais sofreu alterações profundas no nosso ordenamento jurídico com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, que alterou o regime jurídico do divórcio. Em matéria de responsabilidades parentais, uma das alterações foi a própria designação do instituto jurídico, com a alteração da expressão “poder paternal” para “responsabilidades parentais”. Lê-se na exposição de motivos do projeto de lei que esteve na génese da reforma que tal se deveu a uma mudança conceptual, eliminando conotações desajustadas da realidade atual e centrando a atenção não no poder do progenitor, mas nos interesses das crianças e responsabilidade dos adultos.<sup>18</sup> Evolução esta que acompanhou os principais instrumentos internacionais e europeus, como adiante explanaremos, e que António José Fialho sintetiza nos direitos e deveres inerentes à realidade que se pretende designar: a criança como sujeito de direitos e titular de uma autonomia progressiva, a funcionalidade dos poderes que integram as responsabilidades parentais, a vinculação do seu exercício

---

<sup>18</sup> Cf. Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509/X, disponível na WWW:<<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=33847>> [Consult. 11.05.2019].



ao interesse do menor, a igualdade de direitos e deveres de ambos os progenitores e a sua corresponsabilidade na educação, desenvolvimento e bem estar do menor.<sup>19</sup>

A titularidade desse exercício depende da natureza do vínculo entre os progenitores, bem como do impacto do ato ou questão na vida do filho. Por remissão expressa, o legislador equipara a filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores com a constância do matrimónio ou o divórcio, consoante aqueles progenitores vivam ou não em condições análogas às dos cônjuges.<sup>20</sup> Assim, na constância do matrimónio o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais, que as exercem de comum acordo (artigo 1901.º CC), presumindo-se que se um dos pais praticar ato que integre o exercício das responsabilidades parentais age de acordo com o outro (artigo 1902.º CC). Quando o comum acordo dos progenitores falte em “questões de particular importância” pode qualquer um dos progenitores recorrer a tribunal. Do mesmo modo, quando estejamos perante atos de particular importância não opera a presunção de comum acordo quanto a atos praticados por um dos pais, devendo terceiros recusar-se a intervir no ato praticado por um dos progenitores quando não se presuma este acordo ou seja conhecida a oposição do outro progenitor.

Em caso de divórcio, separação judicial de bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o exercício conjunto ou singular das responsabilidades parentais dependerá da questão ou ato em análise. A regra é de que as responsabilidades parentais relativas às *questões de particular importância* para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores (artigo 1906.º n.º 1 CC), salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, com dever de informar o outro logo que possível; ou quando este

---

<sup>19</sup> Cf. ANTÓNIO JOSÉ FIALHO, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 67.

<sup>20</sup> O legislador terá optado pela formulação “condições análogas às dos cônjuges” ao invés de “união de facto” para o regime de exercício das responsabilidades parentais não ficar condicionado à qualificação jurídica dos progenitores como unidos de facto, nomeadamente pela delimitação temporal desta situação jurídica, que impõe que as duas pessoas vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de 2 anos.



exercício em comum seja julgado contrário aos interesses do filho, por decisão judicial fundamentada. Por outro lado, o exercício das responsabilidades parentais relativas a *atos da vida corrente* do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente ou com quem se encontra temporariamente (artigo 1906.º n.º 3 CC), que as podem exercer por si ou delegar esse exercício. Nos casos em que a residência do filho seja habitualmente com um dos progenitores, o progenitor não residente, ao exercer as suas responsabilidades quanto aos atos da vida corrente, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo progenitor residente, regime que se compreende pela necessidade de estabilidade e coerência do ponto de vista, por exemplo, de horários de descanso, hábitos alimentares, regras quanto à utilização quotidiana de tecnologias, etc. Já quando seja instituída a “residência alternada”<sup>21</sup>, por não existir um progenitor residente habitual, é desejável que os progenitores articulem entre si estas orientações educativas, evitando-se descontinuidades lesivas dos interesses do menor.

#### **4. O MENOR COMO CONSUMIDOR**

De um modo geral, os menores participam nas relações de consumo numa dupla qualidade. Por um lado, enquanto adquirentes de bens e serviços de consumo, ao praticarem atos e negócios jurídicos válidos que constituem uma exceção à sua incapacidade de exercício. Por outro lado, enquanto expostos a práticas comerciais, destinatários da publicidade e consumidores potenciais. Ainda que haja uma clara

---

<sup>21</sup> A Lei n.º 65/2020 de 4 de novembro alterou o artigo 1906.º do CC, ao estabelecer que “quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos.”. O projeto de lei inicial previa que a residência alternada fosse o regime privilegiado pelos Tribunais, mas a versão final aprovada consagra apenas a possibilidade de o tribunal determinar esse regime (o que já acontecia até então) mesmo sem consenso dos pais nesse sentido.

separação normativa entre destinatário da publicidade e consumidor, “os menores ‘consumidores’, o são, por via da publicidade que, intencionalmente ou não, os atinge por alguma forma”.<sup>22</sup>

A lei de defesa do consumidor (LDC) portuguesa<sup>23</sup> partilha com outros instrumentos legislativos europeus e internacionais os elementos essenciais do conceito de consumidor, que define como “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”. São quatro esses elementos<sup>24</sup>:

- elemento *subjetivo* (“todo aquele”), que deixa em aberto a questão da inclusão de pessoas coletivas, ainda que a legislação da União Europeia (e alguma da nacional de transposição) restrinja o conceito às pessoas singulares;
- elemento *objetivo* (“a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos”), complementado com o âmbito de aplicação de cada diploma;<sup>25</sup>
- elemento *teleológico* (“destinados a uso não profissional”)<sup>26</sup>, quanto à finalidade do uso, ou finalidade predominante em caso de uso misto;

---

<sup>22</sup> Cf. MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição?*, 2007, p. 163.

<sup>23</sup> Lei n.º 24/96, de 31 de julho, na versão atual.

<sup>24</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 25-36; Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2013, p. 12-16.

<sup>25</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2013, p. 14 considera que este elemento abarca quer as relações contratuais quer as não-contratuais.

<sup>26</sup> Esta definição pela negativa é diferente da constante na LDC de 1981, que o fazia pela positiva (“uso privado”) e também da noção de “destinatário final” acolhida, por exemplo, no direito brasileiro.

- elemento *relacional* (“por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”), o que exclui as relações estabelecidas entre não profissionais<sup>27</sup>.

O carácter de lei-quadro da LDC e o facto da definição de consumidor dela constante não se subscrever ao âmbito da própria lei (antes “assume a pretensão de universalidade em toda a ordem jurídica”<sup>28</sup>) faz revestir esta conceptualização da maior importância. E são inúmeros os quesitos a que a doutrina tenta dar resposta, que aqui não afluiremos, entre os quais: se o consumidor pode ser uma entidade empresarial e o profissional pode ser consumidor; se as pessoas coletivas podem ser consumidores; se a relação de consumo é direta e exclusiva com o sujeito adquirente ou pode alargar-se às suas ligações pessoais de conveniência; se pode falar-se em consumidor quando o uso do bem fornecido ou serviço prestado é misto; ou se o adquirente não profissional pode por sua vez estabelecer nova relação de consumo com terceira pessoa.<sup>29</sup>

No que diz respeito à presente investigação, Nunes Azevedo assinala que esta noção de consumidor constante da LDC é insuficiente para tutela dos menores, que são muitas vezes utilizadores finais dos produtos de consumo, mas não é a eles que os produtos são fornecidos.<sup>30</sup> E justifica a identificação de um subgrupo de consumidores menores também pelas escolhas quotidianas atribuídas às crianças e jovens, aqui se incluindo as necessidades básicas<sup>31</sup> e as “necessidades” induzidas pela convivência e pela pressão social de igualar os seus pares”, o que combinado evidencia que “certos estratos etários se confrontam com relações jurídicas de

---

<sup>27</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2013, p. 16. O autor faz notar que “não se pode falar em contrato entre consumidores, uma vez que, se não estiver preenchido o elemento relacional, não estamos perante um consumidor”.

<sup>28</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Introdução ao Direito e à Política de Consumo*, 1999, p. 186.

<sup>29</sup> Para todas, Cf. FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*, 2009.

<sup>30</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 77.

<sup>31</sup> O autor exemplifica como tais a alimentação, deslocação e aquisição de materiais escolares.

consumo próprias e dissonantes do seu estado de maturação psicológica para as compreender e empreender”.<sup>32</sup>

O autor levanta ainda a questão da necessidade de tutela destas relações jurídicas de consumo, ao invés da aplicação conjugada das normas que tutelam os menores e os consumidores genericamente considerados, e realça que aqueles dois regimes são eminentemente reativos, quando importa neste domínio a prevenção. Veja-se a hipótese de anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados por menores, em que o Direito intervém num momento posterior ao da celebração do negócio, através dos representantes legais do menor e na medida em que estes pretendam corrigir a situação lesiva, e ainda assim dependendo da “expectável percepção do menor das circunstâncias em que procede ao consumo”, numa referência ao regime vertido no artigo 127.º n.º 1 b)<sup>33</sup> do Código Civil e à variabilidade das circunstâncias ali referidas, como sejam os “negócios próprios da vida corrente”, a “capacidade natural” e a “pequena importância”. E conclui:

“Até esse momento, porém, é legítimo à sociedade e aos seus agentes económicos exercerem toda a sua pressão sobre o consumidor menor de idade, deixando-o tomar as suas próprias decisões, mesmo que sobre negócios impossíveis de anular seja pela sua natureza seja por passarem pela malha larga do preceituado pelo art. 127.º al. a) do Código Civil”.<sup>34</sup>

Talvez a porta de entrada nessa perspetiva seja a introdução do conceito de consumidor vulnerável, a partir da transposição das diretivas da União Europeia, como analisaremos adiante.

---

<sup>32</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p.64.

<sup>33</sup> Nos termos do qual “São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei: (...) b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância”.

<sup>34</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 65 e 66. Deverá entender-se a alínea b) do normativo em causa.

## 5. O MENOR NA PERSPETIVA DAS INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS E EUROPEIAS

### a) Organização das Nações Unidas (ONU)

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CNUDC)<sup>35</sup>, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por 196 países<sup>36</sup>, é um marco fundamental em matéria de proteção da criança, definida como todo o ser humano menor de 18 anos (artigo 1.º CNUDC). A Convenção reconhece a necessidade de especial proteção das crianças e a importância da família, da comunidade e da cooperação internacional no desenvolvimento das crianças e efetivação dos seus direitos.

Entre as estipulações da CNUDC destacamos o princípio de que todas as decisões relativas às crianças terão primordialmente em consideração o seu *interesse superior* (artigo 3.º CNUDC) e o direito das crianças ao *desenvolvimento* (artigo 6.º CNUDC), “interpretado no seu sentido mais amplo como um conceito holístico, abrangendo o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social da criança”<sup>37</sup>, em consonância também com o direito da criança a um nível de vida suficiente para esse desenvolvimento (artigo 27.º CNUDC). Como forma de possibilitar este desenvolvimento integral, as crianças têm direito à *educação* (artigos 28.º e 29.º CNUDC), que “neste contexto, vai muito além da escola formal para abarcar a ampla gama de experiências de vida e processos de aprendizagem

---

<sup>35</sup> Cf. a versão portuguesa disponível na WWW:<  
[https://www.unicef.pt/media/2766/unicef\\_convenc-a-o\\_dos\\_direitos\\_da\\_crianca.pdf](https://www.unicef.pt/media/2766/unicef_convenc-a-o_dos_direitos_da_crianca.pdf)> [Consult. 09.11.2020].

<sup>36</sup> Cf. lista de países disponível na WWW:<  
[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en)> [Consult. 09.11.2020]. Portugal ratificou a CNUDC em 21 de setembro de 1990.

<sup>37</sup> Cf. Comentário Geral n.º 5 do Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, de 2003, sobre medidas gerais de implementação da Convenção, disponível na WWW:<  
<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>> [Consult. 09.11.2020].

que permitem às crianças, individual e coletivamente, desenvolver suas personalidades, talentos e habilidades e viver uma vida plena e satisfatória em sociedade”.<sup>38</sup>

Na perspectiva mais comunicacional, que assumirá alguma relevância ao longo do nosso trabalho, a criança tem direito à *proteção da sua vida privada* contra quaisquer intromissões ou ofensas (artigo 16.º CNUDC) e ao *acesso à informação* adequada e de fontes diversas (artigo 17.º CNUDC), o que envolve naturalmente os meios de comunicação social, tradicionais e digitais, dos quais a criança é público. Relevam ainda os direitos da criança à *não-discriminação* (artigo 2.º CNUDC), incluindo no setor dos *media*, marketing e publicidade<sup>39</sup> e à proteção contra a *exploração económica* (artigo 32.º CNUDC), que “pode ser interpretado como uma proteção adicional para crianças contra publicidade prejudicial, incluindo publicidade enganosa, oculta ou personalizada”.<sup>40</sup> Num interessante contributo doutrinal sobre a reconfiguração de alguns destes direitos no contexto da publicidade digital, Valerie Verdoodt ressalva a tensão existente entre os objetivos de *proteção e participação* das crianças<sup>41</sup>, no sentido de garantir que a proteção das crianças contra publicidade enganosa ou agressiva ou contra a recolha ilícita dos seus dados pessoais não prejudique os seus direitos de desenvolvimento, autodeterminação e *empowerment* possibilitados pelo ambiente digital, a que nos dedicaremos de forma autónoma.

---

<sup>38</sup> Cf. Comentário Geral n.º 1 do Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, de 2001, sobre os objetivos da educação, disponível na WWW:<<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>> [Consult. 09.11.2020].

<sup>39</sup> Cf. Comentário Geral n.º 16 do Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, de 2013, sobre o impacto do setor empresarial sobre os direitos das crianças, disponível na WWW:<<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIntro.aspx>> [Consult. 09.11.2020].

<sup>40</sup> Tradução nossa. No original: “Thus, the right to protection against economic exploitation could be interpreted as an additional protection to children against harmful advertising including misleading, hidden or personalised advertising” - Cf. VALERIE VERDOODT, *The Role of Children's Rights in Regulating Digital Advertising*, 2019, p. 15.

<sup>41</sup> Cf. VALERIE VERDOODT, *The Role of Children's Rights in Regulating Digital Advertising*, 2019, p. 17.

Recentemente, em 02/03/2021, o Comité dos Direitos da Criança adotou o seu *Comentário Geral n.º 25, relativo aos direitos da criança em ambiente digital*.<sup>42</sup> O Comité insta a que os direitos das crianças sejam respeitados, protegidos e cumpridos no ambiente digital, que inclui “redes digitais, conteúdo, serviços e aplicações, dispositivos e ambientes conectados, realidade virtual e aumentada, inteligência artificial, robótica, sistemas automatizados, algoritmos e análise de dados, biometria e tecnologia de implantes”<sup>43</sup>. O Comité parte dos direitos da criança à não-discriminação, ao seu interesse superior, à vida, sobrevivência e desenvolvimento e ao respeito pelas suas opiniões<sup>44</sup> e realça a necessidade de as políticas adaptadas para implementar os direitos da criança em ambiente digital terem de variar de acordo com as *capacidades em evolução* das crianças.<sup>45</sup> Entre outros aspetos, destaca-se o impacto das empresas que dependem financeiramente do tratamento de dados pessoais para efeitos de comunicação comercial e *marketing* na experiência digital das crianças<sup>46</sup>, bem como a necessidade da regulamentação no ambiente digital da comunicação comercial personalizada ou desadequada para a idade (por promover hábitos de vida pouco saudáveis ou dependências, por exemplo) ser compatível e acompanhar a regulamentação no ambiente *off-line*.<sup>47</sup> O Comité alerta ainda para o facto de o tempo de lazer em ambiente digital implicar, para a criança, o risco de exposição a publicidade subliminar, técnicas persuasivas e jogo, e reitera que “os Estados devem garantir que as empresas não visem as

---

<sup>42</sup> Cf. General Comment on children’s rights in relation to the digital environment, disponível na WWW:<<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx>> [Consult. 03.05.2021]. A proposta de Comentário, concluída em agosto de 2020, foi posteriormente complementada com 142 contributos de diferentes países e instituições, recebidos no âmbito de um *call for comments*.

<sup>43</sup> Tradução nossa. No original: “...including digital networks, content, services and applications, connected devices and environments, virtual and augmented reality, artificial intelligence, robotics, automated systems, algorithms and data analytics, biometrics and implant technology” - Cf. ponto 2 do Comentário Geral n.º 25.

<sup>44</sup> Cf. pontos 9 a 19 do Comentário Geral n.º 25.

<sup>45</sup> Cf. pontos 20 a 22 do Comentário Geral n.º 25.

<sup>46</sup> Cf. pontos 40 a 42 do Comentário Geral n.º 25.

<sup>47</sup> Cf. ponto 97 do Comentário Geral n.º 25.



crianças usando essas ou outras técnicas destinadas a priorizar os interesses comerciais sobre os da criança”.<sup>48</sup>

*b) União Europeia (UE)*

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia afirma os direitos das crianças e a defesa dos consumidores como valores comuns, respetivamente no plano da igualdade e da solidariedade. O artigo 24.º da Carta reconhece que “as crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar”, bem como a consideração pela sua opinião em função da idade e da maturidade e interesse superior da criança que deve nortear a atuação de entidades públicas e privadas. Por sua vez, o artigo 38.º da Carta impõe que as políticas da UE assegurem um “elevado nível de defesa dos consumidores”. Este mesmo elevado nível de defesa e a promoção dos interesses e direitos dos consumidores está consagrada no artigo 169.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia como um dos objetivos das políticas europeias. Na repartição de competências entre a UE e os Estados-Membros a defesa dos consumidores está incluída nos domínios de competência partilhada, o que significa que a UE e os países da União estão habilitados a legislar e a adotar atos juridicamente vinculativos.

Como teremos oportunidade de analisar, muita da regulamentação nacional das temáticas inerentes à tutela do consumidor menor de idade resulta da transposição de Diretivas da União Europeia a que aludiremos em sede própria. Mas aqui elencaremos agora os principais instrumentos de relevância estratégica:

---

<sup>48</sup> Tradução nossa. No original: “... States parties should ensure that businesses do not target children using those or other techniques designed to prioritize commercial interests over those of the child.” - Cf. ponto 110 do Comentário Geral n.º 25.



– Em 2010, na sua Resolução sobre o *impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*<sup>49</sup>, o Parlamento Europeu incluiu as crianças e adolescentes na categoria de pessoas particularmente vulneráveis “dada a sua grande receptividade e curiosidade, falta de maturidade, limitada auto-determinação da vontade e elevado potencial para serem objecto de influência, especialmente através do uso de novos meios de comunicação e novas tecnologias” (ponto 28) e recomendou que os meios de comunicação limitassem a publicidade televisiva dirigida às crianças e que estas não fossem alvo de publicidade orientada aos seus interesses. Chamou ainda a atenção para o mimetismo de comportamentos inadequados (aditivos, alimentares, etc.), tendo em conta o impacto da publicidade sobre o público infantil e juvenil<sup>50</sup>. Apesar de ter já uma década, uma das preocupações centrais desta Resolução foi já a do “impacto que a evolução dos meios de comunicação surte no domínio da publicidade, nomeadamente através do desenvolvimento da Internet, das redes sociais, dos fóruns e blogues, bem como da crescente mobilidade dos utilizadores e da expansão dos produtos digitais” (Considerando K). Em causa, designadamente formas ocultas de publicidade, em que as mensagens de natureza comercial dos operadores económicos se apresentam como comentários ou opiniões de outros consumidores, e práticas publicitárias personalizadas e intrusivas, com rastreio de informações pessoais sem conhecimento ou consentimento do consumidor.

---

<sup>49</sup> Cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de dezembro de 2010, sobre o impacto da publicidade no comportamento dos consumidores (2010/2052(INI)), disponível na WWW:<[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0484\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2010-0484_PT.html)> [Consult. 04.06.2020].

<sup>50</sup> Cf. ponto 31 da Resolução: “Chama a atenção para a vulnerabilidade dos consumidores ao mimetismo, que pode levar a atitudes comportamentais inadequadas, violência, tensões, desilusão, ansiedade, comportamentos aditivos prejudiciais, (fumo, drogas), doenças relacionadas com a alimentação, como a anorexia nervosa e a bulimia, e à perturbação do equilíbrio mental; apela a toda as agências de publicidade e profissionais da comunicação social para que reconsiderem a promoção de modelos extremamente magros (homens ou mulheres) a fim de evitar mensagens prejudiciais acerca da aparência, das imperfeições corporais, da idade e do peso, tendo em conta a influência e o impacto da publicidade sobre as crianças e os jovens”.

– Em 2012, em nova Resolução do Parlamento Europeu, agora sobre uma *estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis*<sup>51</sup>, as crianças e jovens foram incluídos nos setores especialmente problemáticos (pontos 21 e seguintes da Resolução), pelas consequências do sedentarismo e obesidade e maior sensibilidade à publicidade relativa à alimentos, pela segurança dos produtos a eles destinados e pela maior vulnerabilidade a marketing e publicidade enganosa e agressiva. O Parlamento Europeu refere ainda manifesta ainda preocupação pelo “uso rotineiro de publicidade comportamental e o desenvolvimento de práticas publicitárias intrusivas em linha, especialmente através do uso de redes sociais” (ponto 26 da Resolução), sobretudo atenta a utilização que crianças e jovens fazem das tecnologias de comunicação na internet, tais como *smartphones* e jogos *online*.

– No mesmo ano, na sua Resolução sobre a *proteção das crianças no mundo digital*<sup>52</sup>, o Parlamento Europeu desenvolve a temática dos meios de comunicação convencionais e modernos e da importância da educação e literacia dos menores e dos seus pais para um acesso esclarecido às novas opções comunicacionais oferecidas no mundo digital, bem como a necessária “aliança educativa entre famílias, escola, sociedade civil e partes interessadas, incluindo as associadas aos meios de comunicação social e serviços audiovisuais, a fim de assegurar uma dinâmica equilibrada e proativa entre o mundo digital e os menores” (ponto 19 da Resolução). Na sua vertente de consumidores, o foco do Parlamento Europeu está no combate aos conteúdos nocivos, incluindo “publicidade que incentive despesas em excesso e a compra de bens virtuais ou créditos através dos seus telemóveis”

---

<sup>51</sup> Cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 22 de maio de 2012, sobre uma estratégia de reforço dos direitos dos consumidores vulneráveis (2011/2272(INI)), disponível na WWW:<[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0209\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0209_PT.html)> [Consult. 04.06.2020].

<sup>52</sup> Cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de novembro de 2012, sobre a proteção das crianças no mundo digital ((2012/2068(INI)), disponível na WWW:<[https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0428\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2012-0428_PT.html)> [Consult. 04.06.2020].

(ponto 48 da Resolução) e a proteção da privacidade dos menores, incentivando à classificação dos conteúdos por faixa etária e por nível de risco.

– Também em 2012, a Comissão Europeia apresentou a *Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças*<sup>53</sup> em torno de 4 pilares: conteúdos em linha de qualidade para crianças e jovens; atividades de sensibilização e fomento da autonomia; ambiente em linha seguro para as crianças; e combate à exploração e abusos sexuais de crianças. A Comissão partiu da verificação de algumas lacunas, como sejam a fragmentação do mercado, com inerentes obstáculos para os fornecedores e diferentes níveis de proteção das crianças europeias, e a sua incapacidade para oferecer medidas de proteção e conteúdos de qualidade. A este propósito a Comissão acentua que “as crianças não são ainda consideradas um público em que mereça a pena investir” (ponto 1.2.2 da Comunicação) e, por esse motivo, muitas empresas não consideram justificado o investimento em ferramentas de controlo parental e sistemas de classificação de conteúdos. Por outro lado, a falta de competências digitais dos mais jovens em matéria de segurança *online*, sobretudo face a novos riscos como sejam a publicidade na internet ou serviços com impacto na privacidade. Já então a Comissão propunha uma estratégia em “ecossistema” que reconheça globalmente as crianças como um “público-alvo específico” (ponto 2 da Comunicação) em vez de políticas centradas em determinados canais ou plataformas. Entre as ações delineadas, destacamos no terceiro pilar a implementação de parâmetros de privacidade adequados a cada faixa etária, utilização de controlos parentais de filtragem de conteúdos e vigilância da atividade *online* e definir uma abordagem europeia de classificação etária e classificação de conteúdos. Enquanto consumidores, a estratégia passa por evitar a exposição das crianças a publicidade inadequada em ambiente digital e os gastos

---

<sup>53</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças” (COM/2012/0196 final), disponível na WWW:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012DC0196&from=EN>> [Consult. 04.06.2020].

excessivos que podem advir da compra de produtos virtuais sem prévia autorização parental ou do acesso a sítios de jogos de azar em linha.

– Em 2015, a *Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa*<sup>54</sup> foi delineada em torno de três domínios de intervenção: melhor acesso dos consumidores e das empresas aos bens em linha; um ambiente propício ao desenvolvimento das redes e serviços digitais; e a economia digital como motor de crescimento. Numa era em que o digital deixou de ser um setor para se tornar a base de todos os sistemas económicos, é essencial “enfrentar todos os desafios desta mudança transformacional” a nível europeu e tal passa pela criação de um Mercado Único Digital “em que os cidadãos e as empresas podem beneficiar de um acesso sem descontinuidades a atividades em linha e desenvolver essas atividades em condições de concorrência leal e com um elevado nível de proteção dos consumidores e dos seus dados pessoais” (ponto 1 da Comunicação). Um dos eixos desta atuação é precisamente o de definir um quadro para os meios de comunicação social para o século XXI, que considere as mudanças tecnológicas e novos modelos comerciais, bem como os padrões de acesso e visionamento dos espetadores, com revisão da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual, em especial em matéria de proteção de menores e publicidade. Outro é reconhecer o crescimento das plataformas em linha e da economia de partilha, que proporcionam ao consumidor maior escolha, mas simultaneamente levantam questões de concorrência, transparência e utilização da informação pessoal recolhida aos seus utilizadores.

– A *Agenda do Consumidor Europeu 2012-2020*<sup>55</sup> traçou 4 objetivos fundamentais para “incentivar a confiança e o crescimento”: melhorar a segurança

---

<sup>54</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa” (SWD(2015) 100 final), disponível na WWW:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>> [Consult. 10.06.2020].

<sup>55</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões “Uma Agenda do Consumidor Europeu para incentivar a

dos consumidores; melhorar a informação; melhorar a aplicação da legislação, reforçar as medidas de execução e garantir os meios de ação; e alinhar direitos e políticas fundamentais para a evolução económica e societal. Um dos desafios salientados é o da paradoxal sobrecarga de informação, mas défice de conhecimentos pelo consumidor num mundo social e tecnologicamente em mutação. Emergia já como um dos setores-chave o digital, incluindo a proteção das crianças da publicidade enganosa no contexto digital e a compra e utilização de conteúdos digitais em linha por menores.

– No dia 13/11/2020 foi apresentada a *Nova Agenda do Consumidor Europeu para o período 2020-2025*<sup>56</sup>. Numa comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho intitulada “reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável”, marcada pelas preocupações dos consumidores suscitadas pela pandemia da COVID-19, a Comissão desenvolve cinco domínios prioritários: transição ecológica; transformação digital; reparação e aplicação dos direitos dos consumidores; transição ecológica; necessidades específicas de determinados grupos de consumidores; e cooperação internacional.

Quanto a dar resposta às necessidades específicas dos consumidores, a Comissão destaca a salvaguarda de consumidores particularmente vulneráveis, vulnerabilidade essa que “pode ser determinada em função de circunstâncias sociais ou de características específicas de consumidores individuais ou de grupos de consumidores, tais como a idade, o género, a saúde, a literacia digital, a numeracia ou a situação financeira” (ponto 3.4). Especificamente quanto a crianças e menores, a tónica é colocada na sua exposição *online* a práticas comerciais enganosas ou

---

confiança e o crescimento” COM(2012) 225 final, disponível na WWW:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0225&from=EN>> [Consult. 10.06.2020].

<sup>56</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho “Nova Agenda do Consumidor - Reforçar a resiliência dos consumidores para uma recuperação sustentável” COM(2020) 696 final, disponível na WWW: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0696&from=EN>> [Consult. 02.12.2020].

agressivas, bem como a riscos relacionados com a segurança dos produtos, e na imperiosidade da educação e sensibilização ao longo da vida. Relativamente à transformação digital, a Comissão lembra que “os consumidores devem beneficiar de um nível comparável de proteção e justiça em linha ou fora” e a importância de tomar em conta os interesses dos consumidores na regulação da economia digital, para “combater as práticas comerciais que não respeitam o direito dos consumidores a fazer uma escolha informada, que abusam dos seus preconceitos comportamentais ou distorcem os seus processos de tomada de decisão. Estas práticas incluem a utilização de padrões «obscuros», determinadas práticas de personalização frequentemente baseadas na definição de perfis, a publicidade oculta, as fraudes, a informação falsa ou enganosa e a manipulação das avaliações dos consumidores” (ponto 3.2), algumas das temáticas nas quais iremos refletir na nossa investigação.

– Muito recentemente, a 15/12/2020, a Comissão apresentou uma reforma do espaço digital para as próximas décadas, traduzida em duas propostas de atos legislativos, sobre Serviços Digitais (*Digital Services Act*) e Mercados Digitais (*Digital Markets Act*), novas regras que “protegerão melhor os consumidores e os seus direitos fundamentais em linha e conduzirão a mercados digitais mais equitativos e abertos para todos”<sup>57</sup>. No essencial, o ato legislativo sobre Serviços Digitais visa atualizar as regras relativas à prestação de serviços de intermediação em linha e melhorar a transparência (incluindo relativamente à publicidade em linha) e os mecanismos de remoção de bens, serviços ou conteúdos ilegais. Já o ato legislativo sobre Mercados Digitais tem em vista as práticas desleais das “guardiãs de acesso” ou grandes plataformas<sup>58</sup>, incluindo redes sociais, plataformas de partilha de vídeos ou serviços de publicidade.

---

<sup>57</sup> Cf. Comunicado de Imprensa disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip\\_20\\_2347](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/ip_20_2347)> [Consult. 21.12.2020].

<sup>58</sup> Assim entendidas como as que tenham mais de 45 milhões de utilizadores, também apelidadas de “gigantes digitais” ou “GAFA” (acrónimo de Google, Apple, Facebook e Amazon, as maiores dessas empresas tecnológicas).



Na jurisprudência do *Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)*, destacam-se duas decisões:

– Em 2004, no Acórdão *Omega*<sup>59</sup> o TJUE considerou que o direito europeu não se opõe à proibição de uma atividade económica quando motivada por razões de ordem pública e proteção da dignidade humana. Em causa uma proibição da autoridade policial de Bona dirigido à Omega, que explorava um estabelecimento de “laserdrome” na Alemanha, onde se praticava um jogo de simulação de homicídios segundo o modelo de jogo desenvolvido pela empresa britânica Pulsar e legalmente comercializado por esta no Reino Unido. O TJUE lembrou que “os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça” (ponto 33 do Acórdão) e que a proteção desses direitos “constitui um interesse legítimo susceptível de justificar, em princípio, uma restrição às obrigações impostas pelo direito comunitário, mesmo por força de uma liberdade fundamental garantida pelo Tratado como a livre prestação de serviços” (ponto 35 do Acórdão).

– Decisivo na afirmação do interesse superior das crianças enquanto consumidoras foi o Acórdão *Dynamic Medien*<sup>60</sup>, relativo a um litúgio que opunha duas empresas alemãs: a Avides Media, que vendia por correspondência, na Internet, videogramas provenientes do Reino Unido, no caso bandas desenhadas “animes”, classificadas pela entidade de controlo britânica como interditos a menores de 15 anos; e a concorrente Dynamic Medien que se opunha à venda de tais videogramas importados, por não terem sido alvo de decisão pela autoridade competente alemã quanto à sua idoneidade para menores, como exigido na lei alemã sobre a proteção de menores. O órgão jurisdicional alemão submeteu ao TJUE a

---

<sup>59</sup> Acórdão do TJUE, de 14/10/2004, no processo C-36/02 (*Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contra Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*), disponível na WWW:< <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-36/02>> [Consult. 05.10.2020].

<sup>60</sup> Acórdão do TJUE, de 14/02/2008, no processo C-244/06 (*Dynamic Medien Vertriebs GmbH contra Avides Media AG*), disponível na WWW:< <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-244/06>> [Consult. 05.10.2020].

questão prejudicial sobre a conformidade da lei alemã com a livre circulação de mercadorias e a diretivas europeias em matéria de contratos à distância e comércio eletrónico. O TJUE reiterou os instrumentos internacionais e europeus de proteção das crianças, designadamente “contra a informação e material prejudiciais ao seu bem-estar” (ponto 40 do Acórdão) e decidiu que a restrição à liberdade de circulação de mercadorias era justificada precisamente pelo interesse legítimo de proteção das crianças, desde que os meios utilizados pelo Estado-Membro sejam adequados e proporcionais à realização desse objetivo.

*c) Conselho da Europa*

Também o Conselho da Europa tem desempenhado um papel ativo na garantia dos direitos das crianças, desde 1950, com a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH), que assinalou o 70.º aniversário, e que embora não trate de forma autónoma dos direitos dos menores, também se lhes aplica.<sup>61</sup>

Uma década mais tarde, a *Carta Social Europeia* (de 1961 e revista em 1996) estabeleceu os princípios de proteção das crianças e adolescentes contra os perigos físicos e morais a que se encontrem expostas (artigo 7.º) e de proteção social, jurídica e económica apropriada “com vista a assegurar às crianças e aos adolescentes o exercício efetivo do direito a crescer num ambiente favorável ao desabrochar da sua personalidade e ao desenvolvimento das suas aptidões físicas e mentais” (artigo 17.º).<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Cf. versão portuguesa disponível na WWW:<  
[https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> [Consult. 17.11.2020].

<sup>62</sup> Cf. versão portuguesa disponível na WWW:<  
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047e171>> [Consult. 17.11.2020].



Numa *Recomendação sobre capacitação das crianças no novo ambiente de informação e comunicação*<sup>63</sup>, em 2006, o Comité de Ministros do Conselho da Europa encoraja os meios de comunicação a estarem conscientes do “seu papel de fonte vital de informação e referência para as crianças e seus educadores no novo ambiente de informação e comunicação, com particular atenção aos direitos fundamentais”.<sup>64</sup>

Dois anos depois, na 1018ª reunião de Delegados dos Ministros, foi adotada a *Declaração sobre a proteção da dignidade, segurança e privacidade das crianças na Internet*<sup>65</sup>. Nela os Ministros reconhecem a importância da Internet no quotidiano das crianças, como comunicação, informação, conhecimento, educação e entretenimento, mas simultaneamente manifestam a sua preocupação com os prejuízos que podem advir da presença duradoura de conteúdos criados por crianças para a sua dignidade, segurança, privacidade e honra, presente e futura, bem como com a criação de perfis e retenção de dados pessoais relativos às atividades das crianças para fins comerciais. E, nessa medida, declaram que “não deve haver registo duradouro ou permanentemente acessível do conteúdo criado por crianças na Internet que desafie a sua dignidade, segurança e privacidade ou que as torne vulneráveis agora ou num estágio posterior na sua vida”<sup>66</sup>, instando os Estados a remover tais conteúdos e vestígios.

---

<sup>63</sup> Cf. Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment, disponível na WWW:< [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805af669](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805af669)> [Consult. 17.11.2020].

<sup>64</sup> Tradução nossa. No original: “The media should be encouraged to be attentive to their role as a vital source of information and reference for children and their educators in the new information and communications environment, with particular regard to fundamental rights.”

<sup>65</sup> Cf. Decl(20/02/2008)-0001: Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet, disponível na WWW:< [https://search.coe.int/cm/pages/result\\_details.aspx?objectid=09000016805d3d2d](https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016805d3d2d)> [Consult. 17.11.2020].

<sup>66</sup> Tradução nossa. No original: “Declares that, other than in the context of law enforcement, there should be no lasting or permanently accessible record of the content created by children on the Internet which challenges their dignity, security and privacy or otherwise renders them vulnerable now or at a later stage in their lives”.

A *Estratégia para os Direitos da Criança 2016-2021*<sup>67</sup> assumiu como um dos desafios o crescimento das crianças no mundo digital, que lhes oferece oportunidades no exercício dos seus direitos à liberdade de expressão, participação e educação, mas simultaneamente expõe as crianças a conteúdos nocivos, problemas de privacidade e riscos. A prioridade passa, para o Conselho da Europa, por garantir a participação, proteção e provisão das crianças em ambiente digital, o que implica alteração de legislações e políticas, capacitação das crianças no uso das tecnologias de comunicação e informação e *media* digitais, e atenção à educação e cidadania digitais.

Em concretização desta Estratégia, foi publicada em 2018 a Recomendação CM/Rec(2018)7 do Comité de Ministros aos Estados-Membros com as *diretrizes relativas ao respeito, proteção e realização dos direitos da criança no ambiente digital*.<sup>68</sup> Uma dessas diretrizes é a de que os Estados “devem tomar medidas para assegurar que as crianças sejam protegidas da exploração comercial no ambiente digital, nomeadamente contra a exposição a formas de publicidade e de marketing inapropriadas para a sua idade. Para este efeito, deverão em particular assegurar que as empresas comerciais não recorram a práticas comerciais desleais para com as crianças, exigir que a publicidade e o marketing digitais dirigidos às crianças possam ser claramente identificados como tal por estas e impor a todas as partes interessadas relevantes que limitem o tratamento de dados pessoais das crianças para fins comerciais” (ponto 57).<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> Cf. Council of Europe Strategy for the Rights of the Child (2016-2021), disponível na WWW:<<https://rm.coe.int/168066cff8>> [Consult. 20.11.2020].

<sup>68</sup> Cf. Guidelines to respect, protect and fulfil the rights of the child in the digital environment, disponível na WWW:< <https://rm.coe.int/guidelines-to-respect-protect-and-fulfil-the-rights-of-the-child-in-th/16808d881a>>. ponto 57, disponível na WWW:< [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=090000168091d925](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168091d925)> [Consult. 20.11.2020].

<sup>69</sup> Cf. tradução portuguesa disponível na WWW:< [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=090000168091d925](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168091d925)> [Consult. 15.12.2020]. Em 10/12/2020, em complemento destas diretrizes, foi apresentado um Manual para decisores políticos quanto aos direitos da criança em ambiente digital, com orientações práticas e interpretativas, disponível na WWW:<<https://rm.coe.int/publication-it-handbook-for-policy-makers-final-eng/1680a069f8>>. [Consult. 15.12.2020].

Em matéria de publicidade, a *Convenção Europeia sobre a Televisão Transfronteiras* de 1989<sup>70</sup>, primeiro tratado internacional relativo à livre circulação de programas de televisão transfronteiriços na Europa, incluiu nas responsabilidades dos operadores a de que “todos os itens dos serviços do programa que possam prejudicar o desenvolvimento físico, mental ou moral de crianças e adolescentes não devem ser programados para quando, devido ao horário de transmissão e recepção, eles possam assisti-los” (artigo 7.º n.º 2 da Convenção)<sup>71</sup> e estabeleceu restrições à publicidade televisiva e televenda quando tenham os menores como destinatários.

Relevo ainda para a *Convenção para a Proteção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Caráter Pessoal* (Convenção nº 108)<sup>72</sup>, de 1981, o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados e cujo Protocolo CETS No.223<sup>73</sup>, de 2018, frisa a atenção específica a ser dada à proteção dos direitos da criança e outros indivíduos vulneráveis.

Relativamente à proteção de dados pessoais de crianças - e apesar de não serem no âmbito das relações de consumo - cumpre também referir algumas decisões do *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem* (TEDH), a propósito do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (direito ao respeito pela vida privada e familiar):

---

<sup>70</sup> Cf. ETS No.132 disponível na WWW:< <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/132>> [Consult. 16.12.2020].

<sup>71</sup> Tradução nossa. No original: “All items of programme services which are likely to impair the physical, mental or moral development of children and adolescents shall not be scheduled when, because of the time of transmission and reception, they are likely to watch them.”

<sup>72</sup> Cf. Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, disponível na WWW:< <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>> [Consult. 16.12.2020].

<sup>73</sup> Cf. Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, disponível na WWW:< <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223>> [Consult. 16.12.2020].

– No Acórdão *K.U. v. Finlândia*<sup>74</sup> estava em causa a publicação de um anúncio num site de encontros na Internet em nome do requerente, na época com 12 anos de idade, com foto, outros dados pessoais e contactos do menor, sem seu conhecimento. No seguimento de um contacto com uma proposta de cariz sexual por um homem que respondeu a esse anúncio e do pai do menor ter exigido a identificação da pessoa que o publicou, o provedor do serviço recusou a revelação da identidade, alegando sigilo das telecomunicações nos termos da lei finlandesa. Os tribunais finlandeses decidiram nesse mesmo sentido, o que motivou o recurso para o TEDH contra o Estado finlandês. O TEDH concluiu que, embora o direito interno tenha analisado o caso como uma falsificação maliciosa de identidade, devem ser destacados aspetos essenciais da vida privada, tendo em consideração a “potencial ameaça ao bem-estar físico e mental do requerente” e a “vulnerabilidade face à sua tenra idade” (ponto 41 do Acórdão). O TEDH decidiu ainda que, para além da obrigação negativa de não interferência na vida privada e familiar, o Estado tinha uma obrigação positiva de garantir o respeito pela vida privada e salvaguardar a integridade física e moral do requerente, incluindo na prossecução da investigação contra o autor do crime até porque “onde o bem-estar físico e moral de uma criança é ameaçado, tal injunção assume uma importância ainda maior” (ponto 46 do Acórdão).

– No Acórdão *S. e Marper v. Reino Unido*<sup>75</sup> estava em causa a retenção sem limite de tempo de impressões digitais e amostras de ADN de suspeitos mesmo depois de serem ilibados, incluindo S., com 11 anos de idade. O TEDH considerou que tal retenção constituía uma interferência desnecessária e desproporcionada ao direito ao respeito pela vida privada. O Tribunal realçou “o estigma social e as implicações psicológicas provocadas por tal retenção no caso de crianças” (ponto 60 do Acórdão), particularmente prejudicial para S. (ponto 89 do Acórdão) na

---

<sup>74</sup> Acórdão do TEDH, de 02/12/2008, no caso 2872/02, disponível na WWW:<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89964>> [Consult. 22.12.2020].

<sup>75</sup> Acórdão do TEDH, de 04/12/2008, nos casos 30562/04 e 30566/04, disponível na WWW:<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051>> [Consult. 22.12.2020].

esfera da justiça penal “dada a sua situação especial e a importância do seu desenvolvimento e integração na sociedade” (ponto 124 do Acórdão).

– No Acórdão *Avilkina e outros v. Rússia*<sup>76</sup> estava em causa a divulgação de informação médica relativa a uma criança de 2 anos e outros requerentes, no âmbito de uma investigação ao Centro Administrativo das Testemunhas de Jeová, na qual o Ministério Público solicitou às instituições médicas que informassem dos incidentes de recusa de transfusão de sangue por membros daquela organização religiosa, sem o seu consentimento. O Governo russo entendia que a divulgação desses registos não teve consequências negativas e que os visados perderam o seu direito à confidencialidade ao defenderem publicamente suas crenças religiosas, incluindo a recusa de transfusão de sangue. Alegou ainda que a divulgação tinha por objetivo legítimo proteger a saúde pública, evitar danos à saúde dos pacientes e salvaguardar os direitos dos menores. O TEDH considerou que se tratava de uma interferência na vida privada, que a mesma não se justificava por nenhuma das situações de necessidade numa sociedade democrática plasmadas no artigo 8.º n.º 2 da CEDH<sup>77</sup> e que não tinha sido acompanhada das salvaguardas necessárias para encontrar um justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

*d) Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE)*

Em 2011, num relatório sobre os riscos das crianças *online* e políticas para a sua protecção<sup>78</sup>, a OCDE discrimina três categorias de riscos: riscos relativos à

---

<sup>76</sup> Acórdão do TEDH, de 06/06/2013, no caso 1585/09, disponível na WWW:<<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-120071>> [Consult. 22.12.2020].

<sup>77</sup> Cf. artigo 8.º n.º 2 CEDH: “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

<sup>78</sup> Cf. OECD, *The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them*, 2011.

própria tecnologia da internet, designadamente conteúdos e contactos nocivos; riscos para a criança enquanto consumidor; riscos relativos à privacidade e segurança das informações. Quando as crianças são visadas como consumidores na internet, há risco de recebimento de mensagens de *marketing online* desadequadas à idade, exposição a mensagens comerciais não identificadas como tal ou destinadas a adultos, e ainda de exploração da sua credulidade e inexperiência. Importa, pois, proteger os menores de comunicações comerciais a produtos ou serviços ilegais ou com restrição de idade (tais como álcool, tabaco, drogas, jogo, serviços de encontros, etc.), bem como da confusão entre conteúdos de entretenimento e publicidade, e de riscos económicos potenciados pela inexperiência das crianças, como sejam o de gastos excessivos e transações fraudulentas.<sup>79</sup> E muitos destes riscos comerciais estão conexos com riscos para a sua privacidade, sobretudo o da “informação pessoal como uma mercadoria *online*”<sup>80</sup>, quando os dados das crianças são recolhidos, muitas vezes de forma oculta ou invasiva, com finalidades comerciais e publicitárias. A OCDE conclui que as medidas de proteção de crianças *online* são necessariamente múltiplas em várias dimensões: políticas multicamadas (medidas legais, de auto e correção, técnicas, educativas, etc.), esforço de múltiplas partes interessadas ou *stake-holders* (entidades públicas e privadas, pais, educadores e as próprias crianças) e políticas multinível (nacional e internacional). No seguimento deste Relatório, o Conselho da OCDE recomendou uma resposta mais bem coordenada e consistente a todos estes riscos.

Já em maio de 2020, num contexto de revisão daquela Recomendação e sua adequação dos avanços tecnológicos e jurídicos, a OCDE apresentou o relatório *“Protecting children online: an overview of recent developments in legal*

---

<sup>79</sup> Cf. OECD, *The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them*, 2011, p. 25-26.

<sup>80</sup> Tradução nossa. No original: “Personal information as an online commodity” - Cf. OECD, *The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them*, 2011, p. 27.

*frameworks and policies*”<sup>81</sup>. Nele a Organização aponta novos riscos e benefícios do ambiente digital, que impõe aos Estados o difícil equilíbrio entre a promoção do uso de meios digitais e, ao mesmo tempo, a proteção das crianças e adolescentes dos potenciais riscos desse uso, bem como os melhores esforços para ultrapassar a fragmentação das respostas legislativas e políticas e deficiente monitorização.



---

<sup>81</sup> Cf. OECD, *Protecting children online: An overview of recent developments in legal frameworks and policies*, 2020.



## **CONCLUSÕES (CAPÍTULO I)**

- i) A tutela constitucional do menor efetiva-se através da proteção da infância e juventude. As crianças – os menores de 18 anos, na aceção da Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU – têm direito à proteção da sociedade e do Estado com vista ao seu desenvolvimento integral, na sua consideração enquanto pessoas em formação. Já os jovens, categoria que se pode parcialmente sobrepor com a da infância, gozam de proteção para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nos quais se incluem os de consumidor.
- ii) Dotados de personalidade jurídica, a lei protege os menores contra ameaças ou ofensas à sua personalidade física ou moral, assumindo especial relevância os seus direitos à imagem, à reserva da intimidade da vida privada e à honra. Em ambiente digital, frequentemente as soluções reativas do Direito, a nível civil e criminal, não são bastantes para reparar os danos ou colmatar socialmente tais ofensas. Do mesmo modo, é mais limitado o alcance das providências para atenuar os efeitos da ofensa aos seus direitos de personalidade.
- iii) Até à sua maioridade ou emancipação, cabe aos pais do menor exercer as responsabilidades parentais, devendo fazê-lo no interesse do menor e com consideração da sua progressiva maturidade, incluindo nas decisões enquanto consumidores. Quando os progenitores sejam casados ou vivam em condições análogas às dos cônjuges, o exercício das responsabilidades pertence a ambos, que as devem exercer de comum acordo. Já quando os progenitores não estão juntos (casos de progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges, estejam separados ou divorciados, ou ainda se o casamento foi declarado nulo ou anulado) o exercício conjunto ou singular das responsabilidades parentais dependerá de estar em causa uma questão de particular importância ou um ato da vida corrente. As



responsabilidades relativas a questões de particular importância devem ser exercidas em conjunto por ambos os progenitores. Já o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do menor cabe ao progenitor com quem o filho reside habitualmente ou com quem se encontra temporariamente, sendo que neste último caso se deve assegurar a continuidade das orientações educativas mais relevantes definidas pelo residente habitual.

- iv) Os menores atuam no mercado de consumo de forma tripla: como sujeitos ativos, adquirentes de bens ou serviços; como sujeitos influenciadores das escolhas e compras do agregado familiar; e como futuros consumidores, alvo das estratégias de fidelização das marcas. Participam assim nas relações de consumo enquanto consumidores efetivos, nos negócios jurídicos válidos que constituem uma exceção à sua incapacidade de exercício, e enquanto “consumidores potenciais”, expostos a práticas comerciais e destinatários da publicidade a eles dirigida ou que os atinge.
- v) Na perspetiva das instituições internacionais e europeias, o marco fundamental é a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, que estabelece, entre outros, os direitos das crianças ao desenvolvimento e participação, mas também à proteção contra a intromissão na vida privada e a exploração económica. Outras organizações como o Conselho da Europa e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico têm emitido diretrizes relevantes, particularmente quanto à proteção do menor em ambiente digital. Na União Europeia, para além dos instrumentos legislativos, os menores figuram em alguns documentos estratégicos de referência, quer enquanto consumidores vulneráveis quer no âmbito da sua proteção *online*. A Nova Agenda do Consumidor Europeu 2020-2025, que identifica como um dos domínios prioritários a resposta às necessidades específicas dos consumidores mais vulneráveis – designadamente crianças, expostas *online* a práticas

comerciais enganosas ou agressivas – é o contexto ideal para reflexão da proteção do menor como consumidor. Por outro lado, a jurisprudência quer do Tribunal de Justiça da União Europeia quer do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconhecem a imperiosidade da salvaguarda da vulnerabilidade do menor, quer para justificar restrições às liberdades de circulação comunitárias, quer quanto ao respeito pela sua vida privada e familiar.



## **CAPÍTULO II: CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL**

### **1. CONSUMIDOR, CIDADÃO E PÚBLICO**

#### **1.1. O conceito de consumidor na sua polissemia**

O consumo é a “única função comum a todos os homens no decurso da sua vida”<sup>82</sup> e esta abrangência presta-se inevitavelmente a algumas imprecisões no conceito de consumidor, quer na linguagem quotidiana quer no enquadramento jurídico do sujeito por ele referenciado.

Numa noção *abstrata*, consumidor “inclui todos os cidadãos como pessoas que aspiram a ter uma qualidade de vida adequada”<sup>83</sup> enquanto as noções *concretas*, consignadas no acervo legislativo, se relacionam com o estatuto dos sujeitos de uma determinada relação jurídica, dita de consumo.<sup>84</sup> Mas conseguiremos balizar de uma forma jurídica a multifacetada vivência social e económica dos consumidores?

A dificuldade do conceito jurídico de consumidor, assinala Ferreira de Almeida, é que “os consumidores não constituem um grupo de pessoas oposto ou distinto de outro grupo de pessoas, pela razão simples de que ‘todos somos consumidores’”<sup>85</sup>, e nessa medida, a categoria subjetiva de consumidor refere-se

---

<sup>82</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 36.

<sup>83</sup> Tradução nossa. No original “incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida” – Cf. GEMMA A. BOTANA GARCÍA, *Noción de consumidor en el derecho comparado*, 1997, p. 356, com referência a BERCOVITZ.

<sup>84</sup> Para perspetiva de direito comparado, Cf. GEMMA A. BOTANA GARCÍA, *Noción de consumidor en el derecho comparado*, 1997 e Cf. FERNANDO BAPTISTA DE OLIVEIRA, *O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária*, 2009.

<sup>85</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 12.

tendencialmente a todas as pessoas. Tal como as categorias de cidadão e trabalhador, todas elas “mais do que qualificativos restritivos são qualificativos situacionais, melhor, relacionais, que não respeitam a certas pessoas em especial, mas às pessoas enquanto consideradas nas suas relações com o Estado, com a entidade patronal ou com o fornecedor de bens e serviços”. Não se trata de atributos reveladores de um *status* (como maior/menor, nacional/estrangeiro), mas qualificativos daquelas relações intersubjetivas.<sup>86</sup>

As noções de *consumidor* e *cidadão* por vezes diluem-se ou, no mínimo, sobrepõem-se. Como cidadãos na sociedade de consumo, somos potenciais consumidores, condição que efetivamos em concretos atos jurídicos.<sup>87</sup> Esta alternância de papéis foi assumida logo no programa preliminar da então Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e informação dos consumidores, em 1975, em que se preconizava que “no futuro, o consumidor não será só considerado como um comprador ou utilizador de bens e serviços para uso pessoal, familiar ou coletivo, mas como uma pessoa que participa nos diferentes aspetos da vida social que o podem afetar direta ou indiretamente enquanto consumidor”.<sup>88</sup>

Uma noção estritamente contratual de consumidor carece de flexibilidade para se adaptar a estas dinâmicas sociais e às situações em que o consumidor que “somos todos nós”<sup>89</sup> não concretiza essa qualidade em concretos contratos de consumo.

---

<sup>86</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 13.

<sup>87</sup> Cf. GEMMA A. BOTANA GARCÍA, *Noción de consumidor en el derecho comparado*, 1997, p. 361.

<sup>88</sup> Cf. Resolução do Conselho, de 14 de Abril de 1975, relativa a um programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de protecção e informação dos consumidores, disponível na WWW:< [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425\(01\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31975Y0425(01)&from=PT)> (ponto 3) [Consult. 01.05.2019].

<sup>89</sup> Referência ao discurso de John Kennedy em 15/03/1962 e à célebre frase “Consumers, by definition, include us all”.

A este propósito, Paulo Duarte advoga que “a noção de consumidor apenas tem sentido dentro da grande ‘região demarcada’ da figura dogmática do contrato”<sup>90</sup>, com o fundamento de que todas as soluções normativas a ela inerentes estão alicerçadas num referente contratual. O autor referencia as normas que aludem difusamente aos consumidores a propósito de procedimentos dos agentes económicos “que se situam a montante de qualquer relação individualizada” e critica este “conceito empírico”<sup>91</sup> de consumidor que, na sua extensão, se confunde com o conjunto de todos os cidadãos”.<sup>92</sup>

Visão diferente, e da qual nos aproximamos, tem entre nós Ferreira de Almeida, segundo o qual nem todo o ato gerador das relações jurídicas de consumo é um contrato, como acontece, por exemplo, nos concursos publicitários, brindes promocionais ou mensagens publicitárias.<sup>93</sup>

A União Europeia opta pela formulação “qualquer pessoa singular que atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”, ainda que em definição delimitada pelo âmbito do diploma a que se refere, como encontramos na diretiva dos direitos dos consumidores<sup>94</sup> ou na diretiva das práticas comerciais desleais<sup>95</sup>. A formulação europeia (entretanto acolhida nas transposições mais recentes) “atue”, por contraposição da nacional “a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos” afigura-se-nos mais moldável à atuação

---

<sup>90</sup> Cf. PAULO DUARTE, *O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor*, 1999, p. 658-659.

<sup>91</sup> Por referência a um outro autor, MÁRIO TENREIRO.

<sup>92</sup> Cf. PAULO DUARTE, *O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor*, 1999, p. 693-696.

<sup>93</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 13-14.

<sup>94</sup> Cf. artigo 2.º 1) da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores.

<sup>95</sup> Cf. artigo 2.º a) da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno.

necessariamente versátil dos sujeitos consumidores e às diferentes “vestes” que enverga na sociedade da comunicação e do consumo.

Por outro lado, a legislação de proteção do consumidor extravasa frequentemente para *outros destinatários*<sup>96</sup>, que com ele não se confundem juridicamente, mas granjeiam congénere intuito protetor. Assim se manifesta, por exemplo, a tutela do “aderente” a cláusulas contratuais gerais<sup>97</sup>, “utente” de serviços públicos essenciais<sup>98</sup>, “assinante” de comunicações eletrónicas<sup>99</sup>, “público” dos *media*<sup>100</sup>, “destinatário” da publicidade<sup>101</sup>. Desconhecedor dos propósitos que presidiram a cada um destes regimes e do respetivo âmbito de aplicação, não conseguirá o consumidor comum decompor-se naquelas múltiplas dimensões, todas reconduzíveis a um desígnio de cidadania.

O conceito de consumidor desenvolvido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) no Brasil, que assinalou já o seu 30.º aniversário, afigura-se-nos uma construção jurídica interessante, na medida em que a par do conceito *padrão* de consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (artigo 2.º CDC), estende, por equiparação, essa qualidade a três outras categorias de sujeitos: a) *coletividade* de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (artigo 2.º parágrafo único CDC); b) *vítimas do evento danoso* (artigo 17.º CDC); c) *pessoas expostas às práticas comerciais*, determináveis ou não (artigo 29.º CDC). Esta equiparação é essencial na concretização da tutela coletiva, por

---

<sup>96</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, 2007, p. 36-41.

<sup>97</sup> Cf. DL n.º 446/85, de 25 de outubro, na sua versão atual.

<sup>98</sup> Cf. Lei n.º 23/96, de 26 de julho, na sua versão atual.

<sup>99</sup> Cf. Lei n.º 5/2004, de 10 de fevereiro, na sua versão atual, e demais legislação do setor.

<sup>100</sup> Oliveira Ascensão alerta para o equívoco, no âmbito do Direito Industrial, de confundir a indução do *público* em erro com a indução do *consumidor* em erro, já que são todas as pessoas que carecem de ser protegidas contra a proteção em erro, e não apenas um círculo mais vulnerável. Igualmente no que se refere à publicidade enganosa, da qual todos merecem ser protegidos, “falar em destinatário da publicidade é muito mais rico que falar no consumidor, alvo da publicidade”. - Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, 2007, p. 39 e 41.

<sup>101</sup> Cf. Código da Publicidade, aprovado pelo DL n.º 330/90, de 23 de outubro, na sua versão atual.

exemplo ao público-alvo de campanhas publicitárias ilícitas, ou quando estejam em causa produtos nocivos à saúde ou segurança geral.<sup>102</sup>

Atentaremos adiante na terceira destas hipóteses de equiparação, dada a relação anunciantes-meios-consumidor operada pela *publicidade*. Justamente neste contexto, Gómez Garcia e Muñoz Cortina questionam quem é o consumidor afetado pela publicidade com três interpelações:

- É consumidor somente quem contrata sendo enganado pela publicidade ou também quem, sem contratar, deteta o engano?
- Face à publicidade enganosa, será consumidor apenas aquele que se encontra no segmento de mercado do produto ao qual o anúncio se dirige?
- Como articular a definição de consumidor face à demais legislação que estabelece limites à publicidade (como as noções de “telespetador” na lei da televisão ou de “ouvinte” na lei da rádio)?<sup>103</sup>

A resposta a estas questões é que na sociedade de consumo devem proteger-se as “expectativas legítimas naqueles em que se desperta confiança, ou seja, os receptores das informações”<sup>104</sup>, instando a uma reflexão em torno do consumidor como “pólo do agir intercomunicativo”<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Cf. ANTÔNIO CARLOS EFING, *Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas*, 2011, p. 115.

<sup>103</sup> Cf. CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA e SILVIA HELENA MUÑOZ CORTINA, *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, 2008, p. 268. Em matéria de publicidade enganosa, os autores criticam a noção de veracidade objetiva defendida por JAECKEL KOVACS (que considera que apesar das mensagens publicitárias poderem ser vistas por qualquer pessoa com acesso ao meio que suporta a sua veiculação, só podem ser enganosas para o público para o qual se dirigem) e colocam a tónica no sujeito, na pessoa do consumidor face a uma peça publicitária (p. 274-275).

<sup>104</sup> Cf. LEONEL SEVERO ROCHA e ANA PAULA ATZ, *A responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de informação no direito do consumidor*, 2015, p. 88.

<sup>105</sup> Cf. ANTÔNIO PINTO MONTEIRO, *Discurso na sessão solene de abertura do Congresso Internacional sobre "Comunicação e Defesa do Consumidor"*, 1996, p. 48.



## **1.2. A vulnerabilidade (também informativa) do consumidor**

A função económico-social própria do contrato de consumo, a satisfação das necessidades pessoais dos consumidores, constitui o fundamento do negócio jurídico de consumo, como meio de reequilibrar a provável insatisfação do contratante consumidor em face dos interesses do profissional.<sup>106</sup> Como ensina Ferreira de Almeida, a teoria clássica do negócio jurídico, apoiada numa ideologia liberal da fusão de vontades, cede no “confronto com uma realidade em que a igualdade e a liberdade não são dadas mas resultado de uma procura esforçada e frequentemente frustrada a partir das múltiplas desigualdades e de situações de dominação”<sup>107</sup>, em suma, no reconhecimento do consumidor como um contraente débil.

Todo o sistema de tutela jusconsumerista está assente na conceção do consumidor como o sujeito mais frágil na relação jurídica de consumo, na presunção da sua *vulnerabilidade*, que justifica a intervenção pública por via legislativa, na medida em que os princípios tradicionais inerentes à liberdade

---

<sup>106</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 17.

<sup>107</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 20. Eloquentemente o autor escreve que “A vontade, enquanto valor absoluto, mítico e quase místico é relegada para a área dos estímulos ou motivos, deixando para a declaração o mais amplo espaço como fonte dos efeitos negociais. O acordo, em vez de fusão de vontades, deve ser entendido como convergência comunicativa, na qual é exigido às empresas um elevado grau de informação. A declaração não é mais, ou não é essencialmente, a expressão da consciência, mas uma mensagem cujo valor fundamental é a veracidade. A crença no equilíbrio espontâneo das liberdades é substituída pela força ética da lealdade, da boa-fé e do respeito pela palavra dada.” (p. 21). E ainda a propósito da autonomia do negócio jurídico de consumo: “Os seus fundamentos técnico-jurídicos resultam da recusa de alguns fundamentos clássicos do negócio jurídico e constroem-se sobre a ideia de debilidade institucional e protecção (em vez da igualdade formal e abstracta do liberalismo), o primado da declaração (em vez da vontade), os princípios da informação, da verdade e da lealdade (em vez da liberdade de acção e da liberdade de sugestão), o equilíbrio das prestações (em vez da eficácia soberana do acordo), a satisfação das necessidades individuais (em vez da prioridade do comércio jurídico e do lucro), a relevância do dano sofrido (em vez da culpa), a consideração da actividade empresarial e dos seus efeitos económicos (em vez da atonicidade dos negócios jurídicos e da simples eficácia jurídica)” (p. 35).



contratual não são suficientes para a sua salvaguarda.<sup>108</sup> Face ao “enorme potencial de agressão à autonomia individual que as lógicas de mercado comportam”<sup>109</sup>, a debilidade do consumidor é inquestionável.

A fragilidade do consumidor é multiforme. A doutrina refere a vulnerabilidade técnica, jurídica (ou científica), fáctica (ou socioeconómica) e informacional, outros acrescentam a política ou legislativa, biológica ou psíquica, e ambiental<sup>110</sup>, e inclusive vulnerabilidade algorítmica<sup>111</sup>. Em síntese, a desigualdade económica, a carência de informações, as pressões da publicidade e os métodos promocionais aguerridos no mercado de consumo colocam o sujeito consumidor nesta situação de fragilidade, que é agravada pela falta de educação para o consumo.<sup>112</sup> A consensualidade na formação dos contratos tem de ser reconsiderada “em função da desigualdade de meios e da diferença de motivações que separam consumidor e fornecedor”<sup>113</sup>, e nesta perspetiva assomam as normas especiais de consumo, dotadas de imperatividade e algum regresso ao formalismo.

Muitos destes desequilíbrios são ditados por uma *assimetria informativa* entre o consumidor e o profissional, em particular na fase pré-contratual dos negócios jurídicos de consumo, assimetria essa que, como realça Marisa Dinis, “é agudizada com as atuais práticas comerciais padronizadas, apressadas e agressivas,

---

<sup>108</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 143.

<sup>109</sup> Cf. CUNHA RODRIGUES, *As novas fronteiras dos problemas de consumo*, 1999, p. 52.

<sup>110</sup> Cf. DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015, p. 218 e Cf. GEMMA A. BOTANA GARCÍA, *Noción de consumidor en el derecho comparado*, 1997, p. 128.

<sup>111</sup> Cf. DENNIS VERBICARO e JANAÍNA VIEIRA, *A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço*, 2021.

<sup>112</sup> Cf. DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015, p. 217 e Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 21.

<sup>113</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 26.

sustentadas, não raras vezes, em campanhas publicitárias altamente capciosas”.<sup>114</sup> O Direito tem de proteger “a parte com limitada capacidade de se auto-informar”<sup>115</sup> e garantir que a manifestação do contratante em “desvantagem informativa” seja livre, racional, informada e legítima.<sup>116</sup>

As decisões negociais do consumidor exigem *conhecimento e liberdade*, pelo que serão consideradas desleais as práticas comerciais que não permitem ao consumidor atuar com conhecimento (práticas enganosas) ou liberdade (práticas agressivas), como veremos.

Alguns contextos contratuais são especialmente fragilizantes para o consumidor como sejam os contratos celebrados à distância, pelo carácter fluido e despersonalizado da contratação, e os contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, com forte pressão argumentativa do vendedor,, em ambos os casos pelas dificuldades de aceder a informação mais completa e pelo reduzido tempo de ponderação da decisão negocial.<sup>117</sup> Na sociedade digital, a vulnerabilidade do consumidor faz-se notar sobretudo no plano da privacidade e da autenticidade das mensagens, na medida em que a *internet* é “um paraíso da indução em erro, sobretudo após se ter convertido num veículo comercial”.<sup>118</sup>

Numa conceção que sabemos não reunir consenso, o consumidor é encarado como “socialmente fraco”<sup>119</sup> e necessitado de defesa “contra as suas próprias fraquezas”<sup>120</sup>. Tomamos a opinião de Nunes Azevedo, de que os consumidores “agem por impulsos naturais, com tanto de biológico, como de psicológico, e às

---

<sup>114</sup> Cf. MARISA DINIS, *O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação*, 2014, p. 91.

<sup>115</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Dever de informação nos contratos à distância e ao domicílio*, 2005, p. 490.

<sup>116</sup> Cf. LEONEL SEVERO ROCHA e ANA PAULA ATZ, *A responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de informação no direito do consumidor*, 2015, p. 88.

<sup>117</sup> Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, 2003, p. 71-76.

<sup>118</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 131.

<sup>119</sup> Cf. EIKE VON HIPPEL, *Defesa do consumidor*, 1978, p. 37.

<sup>120</sup> Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas*, 2003, p. 70.

vezes até algo de patológico”, pelo que têm de ser protegidos “um pouco de si próprios [...] mas, e acima de tudo, de toda a carga de sentimentos invisíveis que são associados ao acto de consumo, e que o transmutam noutra coisa que não é”.<sup>121</sup>

Lugar ainda para referir a exclusão social que resulta da sobreposição entre economia e cultura, pelo facto dos cidadãos mais desfavorecidos em termos materiais ou financeiros serem igualmente excluídos da “cultura do consumo popular, que é comunicada através de *media* invasivos e imagens publicitárias”.<sup>122</sup> A esta mesma exclusão alude Cunha Rodrigues, para quem, numa sociedade dita de abundância, “os limiares de pobreza não assentam apenas em padrões de subsistência mas na possibilidade de acesso ao que os audiovisuais dizem estar ao alcance de todos”.<sup>123</sup>

Em sentido oposto, que se nos afigura excessivamente otimista, Guiseppe Colangelo e Mariateresa Maggolino consideram que na era digital é preciso mudar o paradigma e que a regulação, em vez de um “escudo” para proteger consumidores frágeis pode ser uma “espada” nas mãos do consumidor para que este assuma um papel de liderança nos mercados digitais.<sup>124</sup> Os autores refutam o que consideram uma narrativa ultrapassada, a do consumidor em posição de desvantagem e

---

<sup>121</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 88.

<sup>122</sup> Tradução nossa. No original: “there is an overlap between economy and culture since material exclusion may go hand in hand with an exclusion from the world of mainstream consumer culture which is communicated through pervasive *media* and advertising images” – Cf. IAIN RAMSAY, *Consumer protection in the era of informational capitalism*, 2000, p. 52.

<sup>123</sup> Cf. CUNHA RODRIGUES, *As novas fronteiras dos problemas de consumo*, 1999, p. 48. Beja Santos refere igualmente uma “sistemática frustração de diferentes grupos sociais que não podem aceder ao universo das compras, se bem que vejam e recebam a comunicação publicitária de tal espectáculo atractivo” – Cf. BEJA SANTOS, *Do surgimento da produção em série à actual sociedade de consumo e comunicação*, 1997, p. 29. Também Carlos Menezes Direito se refere ao sentimento de “frustração, de angústia, muitas vezes, de revolta” das pessoas que têm de reprimir a sua vontade diante das ofertas de bens e serviços de consumo por não terem capacidade de as adquirir - Cf. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, *A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação*, 2000, p. 65-66.

<sup>124</sup> Cf. GIUSEPPE COLANGELO E MARIATERESA MAGGIOLINO, *From fragile to smart consumers: Shifting paradigm for the digital era*, 2019.

propenso a ser enganado e controlado pelos profissionais, bem como uma regulação puramente protetora e paternalista (apelada de “uma ama pública contínua e perene”<sup>125</sup>), que consideram incapaz de proteger o consumidor, desconsideradora da sua auto-determinação e mais onerosa. Pelo contrário, preferem uma abordagem regulatória mais proativa, consentânea com a era do consumidor inteligente e defendem que as intervenções regulatórias recentes da União Europeia capacitam o consumidor para um maior controlo dos seus dados, compreensão dos mecanismos da economia datificada e responsabilidade pelas decisões tomadas. Nas suas palavras, “numa sociedade em que cada vez mais as atividades económicas serão digitais, é melhor pressionar - quase forçar - os consumidores a serem conscientes e responsáveis pelas suas escolhas, do que acostumá-los a uma forma de proteção que, no final, nunca será onnipresente”.<sup>126</sup>

Em Portugal as referências legislativas à vulnerabilidade do consumidor são escassas. Na LDC não existe qualquer menção e a Lei das Práticas Comerciais Desleais (LPCD) limita-se a estabelecer que são desleais em especial as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de grupos de consumidores particularmente vulneráveis, em razão de doença, idade ou credulidade<sup>127</sup>, à prática comercial ou ao bem ou serviço. Já o Código da Publicidade (CPub) alude à vulnerabilidade a propósito dos menores e relativamente à publicidade a jogos e apostas, que devem respeitar “a proteção dos

---

<sup>125</sup> Tradução nossa. No original: “... a continuous and perennial public nanny”. Cf. GIUSEPPE COLANGELO E MARIATERESA MAGGIOLINO, *From fragile to smart consumers: Shifting paradigm for the digital era*, 2019, p. 181.

<sup>126</sup> Tradução nossa. No original: “in a society where more and more economic activities will be digital, it is better to push – almost to force – consumers to be aware and responsible for their choices, rather than accustom them to a form of protection that, in the end, will never be ubiquitous” - Cf. GIUSEPPE COLANGELO E MARIATERESA MAGGIOLINO, *From fragile to smart consumers: Shifting paradigm for the digital era*, 2019, p. 181.

<sup>127</sup> A enumeração é passível de crítica, como veremos infra.

menores, bem como de outros grupos vulneráveis e de risco”, mas sem concretizar critérios para a identificação de tais vulnerabilidades.

Em Espanha a problemática está na ordem do dia a propósito da publicação do Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de janeiro<sup>128</sup>, aprovado no âmbito da pandemia de COVID-19 e na esteira da Nova Agenda do Consumidor Europeu. O diploma incluiu na lei geral de defesa dos consumidores e usuários a figura do *consumidor vulnerável*, cuja consideração se impõe a entidades públicas e privadas nas relações de consumo. O preâmbulo do diploma expõe as motivações de proteção do consumidor nos casos em que “seja afetado por uma situação especial de vulnerabilidade que pode afetar sua tomada de decisão e, ainda, obrigá-lo a aceitar determinadas condições contratuais que em outra situação não aceitaria”<sup>129</sup>.

O diploma acrescenta ao artigo 3.º da lei geral de defesa dos consumidores e usuários<sup>130</sup>, que define consumidor, um n.º 2, onde se estabelece:

“Da mesma forma, para os fins desta lei e sem prejuízo da regulamentação setorial que venha a ser aplicável em cada caso, são consideradas pessoas consumidoras vulneráveis no que diz respeito a relações concretas de consumo, as pessoas físicas que, de forma individual ou coletiva, pelas suas características, necessidades ou circunstâncias pessoais, económicas, educacionais ou sociais se encontram, ainda que territorial, setorial ou temporariamente, numa especial situação de

---

<sup>128</sup> Real Decreto-ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica, disponível na WWW:<<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/01/19/1>> [Consult. 05.02.2021].

<sup>129</sup> Tradução nossa. No original: “... en el sentido de garantizar con un grado mayor de protección a los derechos en determinados supuestos en los que la persona consumidora se ve afectada por una especial situación de vulnerabilidad que puede incidir en su toma de decisiones e, incluso, forzarla a aceptar ciertas condiciones contractuales que en otra situación no aceptaría”.

<sup>130</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobou o texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, disponível na WWW:<<https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2007/11/16/1/con>> [Consult. 05.02.2021].

subordinação, desamparo ou desproteção que os impeça de exercer seus direitos de consumidor em condições de igualdade.”<sup>131</sup>

A introdução da figura da pessoa consumidora vulnerável<sup>132</sup> acarretou a modificação de outros normativos da lei de defesa do consumidor espanhola, nomeadamente:

- no artigo 8.º, relativo aos direitos básicos do consumidor, foi acrescentado um número que determina que os direitos dos consumidores vulneráveis gozam de especial atenção, conforme regulamentação posterior e normativos setoriais;
- no artigo 17.º, relativo ao direito do consumidor à informação, formação e educação, uma exortação a que seja prestada especial atenção aos “sectores que, pela sua complexidade ou pelas suas características próprias, apresentam maior proporção de consumidores vulneráveis entre os seus clientes ou utilizadores, atendendo precisamente às circunstâncias que geram a situação de vulnerabilidade concreta”<sup>133</sup>;
- no artigo 18.º, relativo a rotulagem e apresentação de bens e serviços, a inclusão dos consumidores vulneráveis como destinatários da informação verdadeira, eficaz e suficiente e a afirmação de que todos os bens e serviços

---

<sup>131</sup> Tradução nossa. No original: “Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.”

<sup>132</sup> Manuel Jesús Marín López destaca a incoerência entre o n.º 1 do artigo (que tem a definição de “consumidor”) e a diferença formulação do n.º 2, quando fala em “pessoa consumidora” - Cf. MANUEL JESUS MARIN LOPEZ, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2021, p. 113.

<sup>133</sup> Tradução nossa. No original: “En el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, se prestará especial atención a aquellos sectores que, debido a su complejidad o características propias, cuenten con mayor proporción de personas consumidoras vulnerables entre sus clientes o usuarios, atendiendo de forma precisa a las circunstancias que generan la situación de concreta vulnerabilidad.”



colocados à disposição dos consumidores devem ser de fácil acesso e compreensão;

- no artigo 19.º, relativo a práticas comerciais, foi acrescentado um número, determinando que as políticas públicas nesta matéria serão tendentes a “prever e remover, sempre que possível, as circunstâncias que geram a situação de vulnerabilidade, bem como a atenuar os seus efeitos, nomeadamente em relação às comunicações comerciais ou à informação pré-contratual prestada, aos cuidados pós-contratuais ou ao acesso a bens ou serviços básicos”<sup>134</sup>;
- no artigo 20.º, relativo à informação necessária na oferta comercial de bens ou serviços, foi acrescentado um número que estabelece que “as informações necessárias para serem incluídas na oferta comercial devem ser prestadas aos consumidores ou utilizadores, principalmente no caso de consumidores vulneráveis, em termos claros, compreensíveis, verdadeiros e em formato facilmente acessível, de forma a garantir a sua compreensão adequada. e permitir a melhor tomada de decisão de acordo com seus interesses”.<sup>135</sup>
- no artigo 43.º, relativo à cooperação em matéria de controlo de qualidade, a alteração da menção a bens ou serviços que afetem “coletivos” especialmente vulneráveis para pessoas consumidoras vulneráveis; e

---

<sup>134</sup> Tradução nossa. No original: “Las políticas públicas que inciden en el ámbito del consumo y las prácticas comerciales orientadas a las personas consumidoras vulnerables estarán destinadas, en su caso y siempre dentro del ámbito de las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, a prever y remover, siempre que sea posible, las circunstancias que generan la situación de vulnerabilidad, así como a paliar sus efectos, en particular en relación con las comunicaciones comerciales o información precontractual facilitada, la atención post contractual o el acceso a bienes o servicios básicos.”

<sup>135</sup> Tradução nossa. No original: “A efectos del cumplimiento de lo previsto en el apartado anterior, y sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, la información necesaria a incluir en la oferta comercial deberá facilitarse a los consumidores o usuarios, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, en términos claros, comprensibles, veraces y en un formato fácilmente accesible, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses”

- no artigo 60.º n.º 1, relativo a informação pré-contratual, foi acrescentado um parágrafo que determina que “os termos em que a referida informação é prestada, principalmente no caso de consumidores vulneráveis, além de serem claros, compreensíveis, verdadeiros e suficientes, serão prestados em formato facilmente acessível, garantindo, se for caso disso, o atendimento necessário, por forma a garantir a adequada compreensão e permitir a tomada de decisões ajustadas aos seus interesses”<sup>136</sup>.

O diploma tem sido criticado pela doutrina, pela ambiguidade do conceito de consumidor vulnerável<sup>137</sup> e pela indeterminação, potenciadora de dificuldades práticas de aplicação e insegurança jurídica<sup>138</sup>.

Uma primeira dificuldade é a de compreender o conceito geral<sup>139</sup> de consumidor vulnerável, já que o legislador introduz múltiplas variáveis<sup>140</sup>:

- a vulnerabilidade afere-se nas relações *específicas* de consumo;
- pode tratar-se de uma vulnerabilidade *individual ou coletiva*;
- pode dever-se a *características, necessidades ou circunstâncias*;
- e essas determinantes podem ser de natureza *pessoal, económica, educacional ou social*;

---

<sup>136</sup> Tradução nossa. No original: “Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras vulnerables, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la toma de decisiones óptimas para sus intereses.”

<sup>137</sup> Cf. MANUEL JESUS MARIN LOPEZ, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2021.

<sup>138</sup> Cf. ELENA TRUJILLO VILLAMOR, *Reforma de la Ley de consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables*, 2021.

<sup>139</sup> Geral, porque o próprio artigo prevê a possibilidade de outros enquadramentos em regulamentação sectorial - Cf. MANUEL JESUS MARIN LOPEZ, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2021, p. 112. O mesmo autor (p. 115-116) questiona se o consumidor vulnerável é um subtipo do consumidor definido no n.º 1 do artigo 3.º ou se pode uma pessoa que não seja um consumidor na acepção do n.º 1 ser um consumidor vulnerável.

<sup>140</sup> Cf. artigo 3.º n.º 2 do Real Decreto Legislativo 1/2007.



- pode tratar-se de uma vulnerabilidade delimitada em termos *territoriais, setoriais ou temporais*;
- o consumidor deve encontrar-se numa situação de subordinação, desamparo ou desproteção que *o impeça de exercer os seus direitos em igualdade*.

Como salienta Marin López, esta situação de desigualdade é o que diferencia o consumidor vulnerável do consumidor normal, sendo que “não é necessário, portanto, que seja impedido de exercer seus direitos. Talvez possa exercê-los, mas não em condições de igualdade, ou seja, nas mesmas condições que poderia exercer se não estivesse naquela situação de subordinação, desamparo ou desproteção (...) significa que para ele esse exercício é mais oneroso, difícil ou complicado ou até mesmo impossível”<sup>141</sup>.

Este conceito de consumidor vulnerável é assim multidimensional e dinâmico.<sup>142</sup> Multidimensional, porque conexo com distintas circunstâncias. A lei não enumera, nem sequer de forma exemplificativa, as condições determinantes da vulnerabilidade, mas no preâmbulo referem-se algumas delas como sejam “idade, sexo, nacionalidade ou origem étnica, local de origem, pessoas com alergias ou com algum tipo de intolerância alimentar, vítimas de violência de género, famílias monoparentais, desempregados, pessoas com algum tipo de deficiência, pessoas doentes, minorias étnicas ou linguísticas, pessoas temporariamente deslocadas da sua residência habitual, população migrante ou requerentes de proteção internacional, bem como pessoas em situação de privação económica ou em risco

---

<sup>141</sup> Tradução nossa. No original: “no es necesario, por tanto, que esté impedida de ejercitar sus derechos. Quizás sí pueda ejercitarlos, pero no en condiciones de igualdad, esto es, en las mismas condiciones que los podría ejercitar si no estuviera en esa situación de subordinación, indefensión o desprotección (...) significa que para él es más costoso, difícil o complicado ese ejercicio o que incluso ese ejercicio resulta imposible” - Cf. MANUEL JESUS MARIN LOPEZ, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2021, p. 113-114.

<sup>142</sup> Cf. preâmbulo do Real Decreto-ley 1/2021.

de exclusão”<sup>143</sup>. Ali se alude igualmente à necessidade de considerar, entre outros fatores, o idioma, formação, residência, situação socioeconómica e financeira e uso de novas tecnologias. Concretamente quando aos menores, o preâmbulo do diploma ilustra que nas relações de consumo crianças e adolescentes “são mais sensíveis à publicidade e a práticas comerciais agressivas, são menos capazes de reconhecer o perigo, podem ser atraídos pela aparência de produtos que representam riscos à sua saúde ou segurança ou podem ser mais sensíveis à toxicidade de certas substâncias químicas”.<sup>144</sup> Dinâmico, na medida em que “qualquer pessoa pode ser vulnerável em algum momento da sua vida”<sup>145</sup>. E nem aquelas categorias de consumidores potencialmente vulneráveis (menores, desempregados, migrantes, etc.) o serão em qualquer circunstância, mas antes se e quando nas relações concretas de consumo não estejam em condições de exercer os seus direitos em condições de igualdade.

Quanto às dificuldades práticas de aplicação do diploma, em muitos dos novos normativos o legislador limitou-se a referir a “especial atenção” a ser devida aos consumidores vulneráveis (artigos 8.º, 17.º e 18.º) ou a reforçar que direitos conferidos aos consumidores em geral devem ser acautelados “principalmente quando se trate de pessoas consumidoras vulneráveis” (artigos 20.º e 60.º), mas sem concretizar como se deverá efetivar essa especial atenção.

Mais indeterminada ainda é a referência aos “sectores que, pela sua complexidade ou pelas suas características próprias, apresentam maior proporção de consumidores vulneráveis entre os seus clientes ou utilizadores, atendendo

---

<sup>143</sup> Tradução nossa. No original: “...la edad, sexo, origen nacional o étnico, lugar de procedencia, las personas alérgicas o con algún tipo de intolerancia alimenticia, las víctimas de violencia de género, las familias monoparentales, las personas desempleadas, las personas con algún tipo de discapacidad, las personas enfermas, las minorías étnicas o lingüísticas, las personas desplazadas temporalmente de su residencia habitual, la población migrante o solicitante de protección internacional, así como las personas con carencias económicas o en riesgo de exclusión...”

<sup>144</sup> Tradução nossa. No original: “presentan una mayor sensibilidad a la publicidad y a las prácticas comerciales agresivas, disponen de menor capacidad para reconocer el peligro, pueden sentirse atraídos por la apariencia de productos que entrañen riesgos para su salud o seguridad, o pueden presentar mayor sensibilidad frente a la toxicidad de determinadas sustancias químicas”.

<sup>145</sup> Tradução nossa. No original: “cualquier persona puede ser vulnerable en algún momento de su vida” - Cf. MANUEL JESUS MARIN LOPEZ, *El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 2021, p. 114.

precisamente às circunstâncias que geram a situação de vulnerabilidade concreta” (artigo 17.º). O preâmbulo do diploma identifica os setores financeiro, energético e o do comércio eletrónico como aqueles em que mais se evidencia a multidimensionalidade da vulnerabilidade do consumidor. Mas “geralmente, os bens ou serviços são colocados no mercado e destinam-se tanto a consumidores vulneráveis como não vulneráveis”<sup>146</sup> e dentro destes últimos com manifestações tão diversas que adequar aquela especial atenção às distintas circunstâncias de vulnerabilidade não se afigura tarefa simples de concretizar.

Na consideração da vulnerabilidade a nível *informativo*, no preâmbulo salienta-se que as dificuldades na obtenção e assimilação de informação ou a suscetibilidade a ser influenciado por práticas comerciais são alguns dos aspetos que aumentam a probabilidade do consumidor ter resultados negativos nas suas relações de consumo, razão pela no novo artigo 20.º se alude especialmente aos consumidores vulneráveis quanto à forma de lhes ser prestada a informação necessária na oferta comercial de bens e serviços (em termos claros, compreensíveis, verdadeiros e acessíveis), por forma a que os consumidores consigam, antes de mais, compreender tais informações e, acima de tudo, incorporá-las nas suas decisões de consumo.

O legislador acentua ainda a ideia de *prevenção*, ao considerar que a eficácia das políticas de proteção dos consumidores vulneráveis reside na sua “capacidade de agir preventivamente, identificando as pessoas ou grupos que têm maior probabilidade de serem afetados por essas contingências antes que ocorra o possível resultado negativo”<sup>147</sup>. Relativamente à informação a ser prestada aos consumidores, esta atitude preventiva contende, no entanto, com a

---

<sup>146</sup> Tradução nossa. No original: “Por lo general, los bienes o servicios se ponen en el mercado y se destinan tanto a consumidores vulnerables como no...” - Cf. ELENA TRUJILLO VILLAMOR, *Reforma de la Ley de consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables*, 2021, p. 6.

<sup>147</sup> Tradução nossa. No original: “Dado que la clave para que las políticas de protección a las personas consumidoras vulnerables sean eficaces reside en su capacidad de actuar de forma preventiva, identificando a las personas o colectivos que tienen mayor probabilidad de verse afectados por esas contingencias antes de que el posible resultado negativo se produzca (...)”.

multidimensionalidade da vulnerabilidade já referida. Como acautelar potenciais resultados negativos e situações de desigualdade no exercício dos seus direitos se “mesmo dentro dos vulneráveis, a vulnerabilidade não é igual para todos e nem sempre estará relacionada às dificuldades de conhecer e compreender a oferta”<sup>148</sup>? No limite, como os consumidores vulneráveis podem existir em virtualmente todos os setores de atividade, toda a informação disponibilizada teria de ser assegurada *a priori* em moldes adequados e acessíveis tendo tais consumidores em perspetiva.<sup>149</sup>

### **1.3. Evolução do conceito de consumidor vulnerável no acervo comunitário**

O entendimento do consumidor como sujeito vulnerável e a relação entre a informação e essa mesma vulnerabilidade sofreu, na jurisprudência e legislação da União Europeia, alguma variação. A questão releva no regime jurídico de proteção do consumidor, maioritariamente conformado por Diretivas da União Europeia, em particular no âmbito do regime das práticas comerciais desleais harmonizado pela Diretiva n.º 2005/29/CE, transposto para a ordem jurídica nacional pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março (LPCD).

Todos os consumidores são potencialmente vulneráveis, no que Sandra Passinhas designa de “vulnerabilidade posicional” precisamente porque inerente à

---

<sup>148</sup> Tradução nossa. No original: “‘incluso dentro de los vulnerables, la vulnerabilidad no es idéntica para todos y no siempre estará relacionada con las dificultades para conocer y comprender la oferta” - Cf. ELENA TRUJILLO VILLAMOR, *Reforma de la Ley de consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables*, 2021, p. 6.

<sup>149</sup> A propósito do formato acessível das ofertas comerciais, Elena Trujillo Villamor alerta para que essa obrigação tendencialmente universal implique um encargo desproporcional e, contraproducentemente, pode levar a que nenhuma empresa seja obrigada a facilitar esse mesmo formato acessível - Cf. CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA E SILVIA HELENA MUÑOZ CORTINA, *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, 2008, p. 6.

sua posição no mercado, “um estado de fraqueza ou fragilidade (*powerlessness*), que resulta de um desequilíbrio que lhe é desfavorável, seja na exposição a mensagens e a práticas comerciais, seja nas mais ou menos intensas interações de mercado”.<sup>150</sup> A regulação da relação jurídica de consumo assenta, em maior ou menor escala, na assunção do consumidor como uma parte negocialmente em desvantagem perante o profissional e na necessidade de reforçar a proteção desse sujeito para nivelar a relação contratual. Mais não é do que o reconhecimento de que o livre funcionamento do mercado e a liberdade contratual que marca o direito obrigacional em geral não se adequa a uma relação contratual intrinsecamente desequilibrada. Tal fica patente, no nosso ordenamento jurídico, no predomínio de normas imperativas, que não podem ser afastadas por vontade das partes. E na inversão do ónus da prova, que impõe que seja o profissional, por exemplo, a provar o cumprimento dos seus deveres de informação, bem como na consagração de presunções legais a favor do consumidor, como a de que uma falta de conformidade manifestada no prazo de garantia se presume existente à data de entrega. E ainda na definição da arbitragem necessária (dispensando a convenção de arbitragem) em todos os litígios de consumo até 5000 euros e independentemente do valor nos serviços públicos essenciais, quando seja essa a opção do consumidor.

Todavia, o acervo comunitário tem-se afastado gradualmente desta visão do consumidor vulnerável que esteve na génese do direito do consumo, consagrando antes uma perspetiva – ideal ou real, como veremos – de um consumidor médio, informado e atento, mas igualmente reconhecendo que há consumidores vulneráveis que devem ser especialmente protegidos. E, nesta medida, “se a criação

---

<sup>150</sup> Cf. SANDRA PASSINHAS, *O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor português*, 2019, p. 258.

do direito do consumidor foi a exceção do direito privado, a discussão do ‘consumidor vulnerável’ significa a exceção do direito geral do consumidor”.<sup>151</sup>

A Diretiva enquadra ambos os conceitos no seu Considerando 18:

- Por um lado, embora seja conveniente proteger todos os consumidores, importa “analisar quais são os efeitos produzidos num consumidor ideal típico” e para este efeito, atento o princípio da proporcionalidade, o marco de referência será o consumidor *médio*, “normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística”;
- Por outro lado, o legislador europeu pretende “evitar a exploração de consumidores que pelas suas características são particularmente *vulneráveis* a práticas comerciais desleais”.

Como realçado no mesmo Considerando, o conceito de consumidor médio resulta da *interpretação do TJUE* em decisões de aplicação da Diretiva 84/450/CEE, relativa a publicidade enganosa e que vigorou até 2005<sup>152</sup>.

A imagem de um consumidor informado<sup>153</sup> surge, na jurisprudência do TJUE, com o Acórdão *Cassis de Dijon*<sup>154</sup>, num processo que opunha a Rewe-Zentral AG, que pretendia importar um lote daquele licor originário de França para o comercializar na Alemanha, à administração federal alemã do monopólio do

---

<sup>151</sup> Tradução nossa. No original: “If the creation of consumer law was the exception from private law, then the discussion of the ‘vulnerable consumer’ signifies the exception from general consumer law” - Cf. ELENI KAPROU, *The current legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: benefits and limitations of a focus on personal attributes*, 2019, p. 1.

<sup>152</sup> Cf. Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa, disponível na WWW:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31984L0450>> [Consult. 09.10.2020]. A Diretiva foi, entretanto, revogada pela Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa.

<sup>153</sup> Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 12-14.

<sup>154</sup> Acórdão do TJUE, de 20/02/1979, no processo C-120/78 (Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), disponível na WWW:< <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-120/78>> [Consult. 09.10.2020].

álcool, que recusou a pretensão por insuficiência do teor mínimo de álcool para o efeito. A entidade alemã invocava a salvaguarda da saúde pública, para evitar a proliferação de bebidas espirituosas de reduzido teor de álcool, mais suscetíveis de causar habituação. E, por outro lado, a proteção dos consumidores face a práticas comerciais desleais dos produtores e distribuidores de bebidas, já que a diminuição do teor alcoólico da bebida assegurava uma vantagem comercial. O TJUE considerou que a exigência de um teor mínimo para comercialização da bebida na Alemanha e o afastamento de produtos de outros Estados-Membros constituía um obstáculo à livre circulação de mercadorias. Quanto à proteção dos consumidores, firmou que “não se pode, porém, chegar ao ponto de considerar a fixação imperativa do teor mínimo de álcool como garantia essencial da lealdade das transações comerciais, visto ser fácil garantir uma informação conveniente do comprador através da exigência na embalagem dos produtos da menção da proveniência e do teor em álcool” (ponto 13 do Acórdão). O TJUE abriu assim o caminho para a consideração de que “a informação correta do produto substitui de forma adequada a medida nacional excessivamente intervencionista, garantindo a proteção do consumidor”.<sup>155</sup>

Uma das primeiras referências jurisprudenciais a um conceito medianamente informado de consumidor foi o Acórdão *Mars*, de 1995<sup>156</sup>, a propósito de uma indicação (“+ 10%”) constante de uma embalagem de gelados comercializados por aquela empresa, denunciada como enganosa por uma associação de luta contra a concorrência desleal, por não haver manutenção do preço anteriormente praticado (e, logo, o aumento de quantidade de produto não representar a vantagem percebida pelos consumidores) e, além disso, a

---

<sup>155</sup> Tradução nossa. No original: “En el fallo se consideró que la información correcta del producto reemplaza de manera adecuada a la medida nacional excesivamente intervencionista, asegurando la protección del consumidor” - Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 13.

<sup>156</sup> Acórdão do TJUE, de 06/07/1995, no processo C-470/93 (Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. contra Mars GmbH), disponível na WWW:<<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-470/93>> [Consult. 09.10.2020].



apresentação visual da nova embalagem sugerir um aumento superior a 10%. A possibilidade de aumento de preço não foi considerada bastante para justificar uma proibição de comercialização. E também quanto à apresentação visual da menção “+ 10%” e o alegado efeito de indução em erro, o TJUE considerou que “presume-se que os consumidores normalmente informados sabem que não existe necessariamente uma relação entre a dimensão das menções publicitárias relativas ao aumento da quantidade do produto e a importância desse aumento” (ponto 24 do Acórdão).

Tal interpretação consolidou-se no Acórdão *Gut Springenheide e Tusky*, em 1998<sup>157</sup>. O litígio opunha uma empresa de comercialização de ovos e o seu gerente ao Serviço de Controlo dos Géneros Alimentícios, a propósito da indicação “6-Korn - 10 frische Eier” (10 ovos frescos - 6 cereais) constante da embalagem dos ovos e de uma nota informativa, que o Serviço de Controlo entendia ser uma indicação enganosa, por violação da lei alemã e de um Regulamento europeu, na medida em que sugeria que a alimentação das galinhas era exclusivamente composta pelos referidos 6 cereais. O Supremo Tribunal alemão, com dúvidas na interpretação de uma norma do Regulamento (que autoriza indicações destinadas à promoção das vendas desde que não sejam suscetíveis de induzir o comprador em erro) submeteu ao TJUE a questão prejudicial de saber se, para a aplicação da norma, devem ser averiguadas as expectativas reais dos consumidores e como as aferir, ou aplicar-se um conceito objetivo de comprador, a interpretar em termos exclusivamente jurídicos. O TJUE, reunindo um conjunto de anteriores decisões, reiterou que “para determinar se a denominação, a marca ou indicação publicitária em causa eram ou não susceptíveis de induzir o comprador em erro, o Tribunal de Justiça tomou em consideração a presumível expectativa dum consumidor médio, normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, sem ter ordenado qualquer exame

---

<sup>157</sup> Acórdão do TJUE, de 16/07/1998, no processo C-210/96 (*Gut Springenheide GmbH e Rudolf Tusky contra Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*), disponível na WWW:<<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-210/96>> [Consult. 10.10.2020].



pericial ou encomendado uma sondagem de opinião” (ponto 31 do Acórdão), ainda que salvaguardando que o órgão nacional possa recorrer a tal sondagem de opinião ou exame pericial para esclarecer a sua apreciação.

Este entendimento foi secundado 2 anos depois, no Acórdão *Estée Lauder*<sup>158</sup>, a propósito do termo *lifting* na denominação de um produto cosmético comercializado pela concorrente Lancaster. Enquanto a Estée Lauder considerava tal menção enganosa por dar a impressão ao comprador de que o creme em questão tem efeitos comparáveis aos de uma operação cirúrgica de *lifting* da pele, a Lancaster argumentou que não era essa a expectativa do público e que existiria uma ação restauradora significativa. Em causa também a jurisprudência alemã que exigia que 10% a 15% dos consumidores fossem induzidos em erro e o facto de o mesmo produto ser legalmente comercializado noutros Estados-Membros sob essa mesma denominação, sem dar lugar a qualquer contestação. O TJUE reiterou o critério do consumidor médio, mas acrescentou que na sua aplicação há que considerar vários elementos, nomeadamente verificar “se factores sociais, culturais ou linguísticos podem justificar que o termo «lifting» empregado a propósito de um creme restaurador seja entendido pelos consumidores alemães de modo diferente do que é entendido pelos consumidores de outros Estados-Membros ou se as condições de utilização do produto são só por si suficientes para sublinhar a natureza transitória dos seus efeitos, neutralizando qualquer conclusão contrária que possa ser tirada do termo «lifting».” (ponto 29 do Acórdão).

As três decisões do TJUE evidenciam a construção jurisprudencial do conceito de consumidor médio posteriormente consagrado na Diretiva n.º 2005/29/CE, um consumidor normalmente informado (Acórdão *Mars*) e

---

<sup>158</sup> Acórdão do TJUE, de 13/01/2000, no processo C-220/98 (Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG contra Lancaster Group GmbH), disponível na WWW:<<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=c-220/98>> [Consult. 10.10.2020].

razoavelmente atento e advertido (Acórdão *Gut Springenheide e Tusky*) tendo em conta fatores sociais, culturais ou linguísticos (Acórdão *Estée Lauder*).

No Considerando 18 da Diretiva, o legislador acrescenta que “o critério do consumidor médio não é estatístico. Os tribunais e as autoridades nacionais terão de exercer a sua faculdade de julgamento, tendo em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para determinar a reacção típica do consumidor médio num determinado caso”. Noutras decisões do próprio TJUE, este realçou aspetos a atender no circunstancialismo dos casos concretos<sup>159</sup>:

– No Acórdão *Lloyd Schuhfabrik Meyer*<sup>160</sup> considerou que “o nível de atenção do consumidor médio é suscetível de variar em função da categoria de produtos ou serviços em causa” (ponto 26 do Acórdão);

– No Acórdão *Rotter v OHIM*<sup>161</sup> exemplificou este entendimento com a consideração de que “relativamente aos produtos de consumo quotidiano, que se vendem a um preço relativamente baixo, o nível de atenção do consumidor médio relativamente ao seu aspecto exterior é, por conseguinte, pouco elevado” (ponto 22 do Acórdão);

– No Acórdão *Darbo*<sup>162</sup>, o Tribunal considerou que “os consumidores, cuja decisão de comprar é determinada pela composição dos produtos que têm a intenção

---

<sup>159</sup> Cf. SARA FERNANDES GARCIA, *As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português*, 2014, p. 56.

<sup>160</sup> Acórdão do TJUE, de 22/06/1999, no processo C-342/97 (Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH contra Klijsen Handel BV), disponível na WWW:< <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-342/97>> [Consult. 11.10.2020]. O processo referia-se ao risco de confusão pela semelhança fonética de duas marcas.

<sup>161</sup> Acórdão do então Tribunal de Pequena Instância, de 05/05/2009, no processo T-449/07 (Thomas Rotter contra Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI)), disponível na WWW:< <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-449/07>> [Consult. 11.10.2020]. O processo referia-se a um pedido de registo de uma marca tridimensional e ao seu carácter distintivo junto do público consumidor.

<sup>162</sup> Acórdão do TJUE, de 04/04/2000, no processo C-465/98 (Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV contra Adolf Darbo AG), disponível na WWW:< <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-465/98>> [Consult. 11.10.2020]. Em causa estava a utilização da menção “puramente natural” num doce de morango que contém gelificante pectina e vestígios ou resíduos de chumbo, de cádmio e de pesticidas.

de adquirir, lêem em primeiro lugar a lista dos ingredientes” e, nessa medida, um consumidor médio não pode ser induzido em erro pela menção “puramente natural” inscrita no rótulo, pelo simples facto de o género alimentício conter uma substância química corretamente mencionada na lista de ingredientes que o compõem (ponto 22 do Acórdão); e ainda que que é pacífico que o consumidor conheça os agentes poluentes presentes no ambiente natural, pelo que “mesmo admitindo que, em certos casos, consumidores possam ignorar esta realidade e ser por esse facto induzidos em erro, este risco é mínimo” (ponto 28 do Acórdão).

Este conceito de consumidor médio assenta em grande medida no *paradigma da informação*, i.e., o de que a vulnerabilidade do consumidor se elimina através do fornecimento de informação.<sup>163</sup> Como veremos, este e outros dos paradigmas associados à proteção do consumidor, especificamente no tocante à informação, revelam-se na realidade paradoxais.

Já o conceito de consumidor vulnerável tem a sua génese, na jurisprudência do TJUE, com o Acórdão *Buet*<sup>164</sup>, relativo à proibição de promoção de vendas porta a porta de material pedagógico. A EBS e o seu gerente R. Buet foram condenados pela deslocação ao domicílio de potenciais clientes com o objetivo de lhes vender material de aprendizagem de língua estrangeira, prática que representava 90% do seu volume de negócios, mas que era proibida em França. O tribunal de recurso suspendeu a instância e colocou ao TJUE a questão prejudicial da compatibilidade desta proibição de vendas porta a porta com o direito europeu. O TJUE considerou pacífico que o objetivo da proibição era o de proteger os consumidores contra o risco de compras irrefletidas (ponto 11 do Acórdão), mas colocou a questão da

---

<sup>163</sup> Cf. IRINA DOMURATH, *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, 2013.

<sup>164</sup> Acórdão do TJUE, de 16/05/1989, no processo C-382/87 (R. Buet e SARL Educational Business Services contra o Ministério Público), disponível na WWW:<<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-382/87>> [Consult. 11.10.2020].

proporcionalidade na medida em que o Estado-Membro disponha de meios menos restritivos para evitar esse risco, designadamente garantir aos compradores o direito de rescindir o contrato celebrado no domicílio (ponto 12 do Acórdão). E introduziu na questão a dimensão de vulnerabilidade, ao afirmar que:

“Assinale-se, no entanto, que o risco de compra irreflectida é particularmente pronunciado quando a promoção de vendas tem como finalidade a subscrição de um contrato de ensino ou a venda de material pedagógico. Com efeito, o potencial utilizador pertence, muitas vezes, a uma categoria de pessoas que, por qualquer razão, têm atrasos na sua formação que pretendem colmatar. Isso torna-os especialmente vulneráveis perante vendedores de material pedagógico que tentam persuadi-los de que a sua utilização lhes garantirá um futuro profissional. Por outro lado, como resulta dos autos, foi na sequência de numerosas queixas suscitadas por abusos, como a venda de cursos desactualizados, que o legislador estabeleceu a proibição de promoção de vendas porta a porta em causa.

Sublinhe-se, finalmente, que, dado o ensino não ser um produto de consumo corrente, a compra irreflectida pode provocar no adquirente efeitos prejudiciais diferentes e mais duráveis do que um simples prejuízo financeiro. Assim, independentemente de qualquer apreciação quanto à qualidade do material em causa em cada caso concreto, há que reconhecer que a aquisição de um material inadequado ou de má qualidade pode comprometer a possibilidade de o consumidor adquirir uma nova formação e de, por conseguinte, reforçar a sua posição no mercado de trabalho.

Nestas condições, é lícito ao legislador nacional de um Estado-membro considerar que a concessão aos consumidores de um direito de rescisão não basta para os proteger e que é necessário proibir a promoção de vendas porta a porta.” (pontos 13 a 15 do Acórdão).

O conceito de consumidor médio deve assim ceder quando estamos perante consumidores vulneráveis, no caso consumidores com lacunas na formação e pressionados pelas perspectivas de trabalho e futuro profissional. Nas conclusões do

Advogado-Geral Giuseppe Tesauro este alude a algumas destas especiais vulnerabilidades: pela *técnica comercial* utilizada, no caso a venda porta-a-porta e inerente efeito surpresa e risco de impreparação “especialmente tratando-se de pessoas pertencentes a categorias, por várias razões, mais influenciáveis, como podem ser os idosos, as donas de casa, os trabalhadores emigrantes, muitas vezes induzidos a subscrever contratos de que desconhecem o real alcance” (Conclusão 1); pelo tipo de *bens ou serviços* comercializados, no caso a oferta de material pedagógico de ensino de uma língua estrangeira desconhecida, pelo que o potencial comprador “por definição, não está em condições de avaliar a qualidade do bem ou do serviço que lhe é proposto e que, por esta razão, pode ser induzido em erro mais facilmente” (Conclusão 21); pela *situação psicológica* dos potenciais adquirentes, no caso “estudantes que têm necessidade de adquirir determinados conhecimentos para progredirem nos seus estudos ou trabalhadores que esperam ter, graças aos novos conhecimentos, ocasiões de progressão profissional” (Conclusão 22); pelas *consequências em caso de má qualidade* do produto fornecido, “quer em termos financeiros, uma vez que se trata, frequentemente, de uma despesa considerável, quer em termos de investimento de recursos pessoais, dado que o interessado deve aplicar no estudo muito tempo e muita energia intelectual, que se desperdiçariam se os resultados se viessem a revelar negativos” (Conclusão 23).

Conclui assim que “uma protecção menos rígida e menos absoluta acabaria, de facto, por deixar expostos ao risco de fraude exactamente as pessoas que por razões físicas ou sociais são menos informadas e mais indefesas, como os idosos ou os trabalhadores imigrantes. É exactamente esta categoria de pessoas, particularmente carentes de protecção, que menos possibilidades tem de explorar certas garantias mais flexíveis como, por exemplo, a faculdade de rescindir o contrato dentro de um determinado prazo após a sua celebração” (Conclusão 27).

Ao contrário do que acontece com o consumidor médio, definido (por remissão para a interpretação do TJUE) no Considerando 18, a Diretiva não inclui propriamente um conceito ou definição do que seja um consumidor vulnerável.<sup>165</sup> A menção a essa vulnerabilidade surge em Considerandos e âmbitos distintos:

Por um lado, no Considerando 18, ao estatuir que o critério de referência na aferição do carácter desleal de uma prática comercial é o do consumidor médio, o legislador salienta que se a prática se destinar especificamente a um determinado *grupo de consumidores*, deve ser ponderado não o consumidor médio em geral, mas sim o *membro médio* desse grupo, como consta depois do artigo 5.º n.º 2 b) parte final da Diretiva. Exemplifica com as práticas destinadas a um desses grupos - o das crianças - e com a prática considerada desleal em qualquer circunstância da sua exortação direta à aquisição de bens ou serviços. O legislador parece, no mesmo Considerando, sobrepor dois aspetos diferentes, o das práticas destinadas a um determinado grupo de consumidores e o das práticas destinadas a consumidores particularmente vulneráveis. Ora enquanto no primeiro caso podemos até estar a falar de consumidores especialmente qualificados numa determinada área de conhecimento ou atuação (por exemplo, uma publicidade destinada a pescadores, a professores, a utilizadores de uma determinada aplicação, etc.), o que elevaria inclusivamente a fasquia de mediania, no segundo caso o foco são precisamente os consumidores carecidos de maior proteção.

Por outro lado, no Considerando 19, o legislador visou a proteção dos consumidores *particularmente vulneráveis* a uma prática comercial ou ao produto subjacente, ao estabelecer que, se o comportamento económico desses consumidores for suscetível de ser distorcido<sup>166</sup> pela prática comercial de uma forma que o profissional podia razoavelmente prever, a prática deve ser avaliada do

---

<sup>165</sup> Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 35-36.

<sup>166</sup> Sobre a linha divisória entre persuasão e distorção, Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 41-44.

ponto de vista do membro médio desse grupo. Apesar de não apresentar uma noção de consumidor vulnerável, o legislador europeu aponta quatro características que tornam um consumidor particularmente vulnerável a uma prática comercial ou ao produto subjacente: a *idade*, a *doença física*, a *doença mental* e a *credulidade*, enumeração que se deve considerar exemplificativa e não taxativa.<sup>167</sup>

O artigo 5.º n.º 3, que reflete este Considerando, acrescenta ainda que se deve tratar de um único grupo, *claramente identificável*, de consumidores particularmente vulneráveis, para que se aplique esta disposição. Esta identificabilidade do grupo levanta dúvidas interpretativas – e pensando unicamente nas condições de vulnerabilidade referidas na Diretiva – já que se a idade é um critério passível de balizar e identificar de forma clara, o mesmo não acontece com as outras condições, seja pela diversidade de situações de doença (em tipo e gravidade), seja pela quase impossibilidade de definir ou identificar claramente um grupo de pessoas crédulas.<sup>168</sup> Teresa Hualde Manso considera assim que “a ideia da Diretiva é proteger a vulnerabilidade social, não a pessoal”<sup>169</sup> e que estes preceitos só se aplicam a situações de vulnerabilidade comuns a outras pessoas e claramente definíveis e não a situações de vulnerabilidade meramente pessoais.

Eleni Kaprou é igualmente crítica da formulação da Diretiva. Segundo a autora, “a escolha destes critérios significa não apenas que outros grupos potencialmente vulneráveis são excluídos, mas também que os consumidores que se enquadram nesses grupos são homogeneizados e não é possível diferenciar entre

---

<sup>167</sup> Teresa Hualde Manso avança com outras condições de vulnerabilidade, tais como a pertença a uma raça ou etnia, baixo rendimento, nível de endividamento, probabilidade de ser vítima de uma fraude, falta de experiência de negócio, medo ou pressão. - Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 37. Peter Cartwright estabelece uma “taxonomia da vulnerabilidade”, subdividindo-a em vulnerabilidade de informação, vulnerabilidade à pressão, vulnerabilidade de abastecimento, vulnerabilidade de medidas corretivas e vulnerabilidade de impacto - Cf. PETER CARTWRIGHT, *The Vulnerable Consumer of Financial Services: Law, Policy and Regulation*, 2011, p. 16 e segs.

<sup>168</sup> Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 37-39.

<sup>169</sup> Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 38.



as suas circunstâncias e habilidades”<sup>170</sup>, dando precisamente o exemplo dos menores.

Em 2016, num estudo considerado relevante para a compreensão dos conceitos de “consumidor médio” e “consumidor vulnerável” – *Understanding consumer vulnerability in the EU's key markets*<sup>171</sup> – a Comissão Europeia reconhece que a vulnerabilidade do consumidor é situacional e multidimensional e identifica vários fatores que podem contribuir para essa vulnerabilidade como sejam as dificuldades na escolha e acesso de determinados bens ou serviços, a idade (tanto jovens como idosos), a circunstância de ser falante não-nativo, mulher, ter baixa escolaridade ou viver em zonas de baixa densidade populacional, a situação financeira difícil, deficiência ou doença de longa duração, a não-utilização da internet, e ainda os consumidores considerados crédulos, impulsivos ou avessos ao risco, com fracas competências informáticas ou que confiam menos nas pessoas em geral. E avança por isso com uma noção revista de consumidor vulnerável, como sendo:

“Um consumidor que, em função de características sociodemográficas, características comportamentais, situação pessoal ou ambiente de mercado: corre maior risco de experimentar resultados negativos no mercado; tem capacidade limitada de maximizar o seu bem-estar; tem dificuldade em obter ou assimilar informações; tem menos possibilidade de comprar, escolher ou aceder a produtos adequados; ou é mais suscetível a certas práticas de marketing”.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> Tradução nossa. No original: “The choice of this criteria means not only that other potentially vulnerable groups are excluded, but also the consumers falling within these groups are homogenised and it is not possible to differentiate between their circumstances and skills” - Cf. ELENI KAPROU, *The current legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: benefits and limitations of a focus on personal attributes*, 2019, p. 24.

<sup>171</sup> Cf. sumário, relatório final, ficha informativa e infografia do estudo na WWW:<[https://ec.europa.eu/info/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/understanding-consumer-vulnerability-eus-key-markets_en)> [Consult. 16.11.2020].

<sup>172</sup> Tradução nossa. No original: “A consumer, who, as a result of socio-demographic characteristics, Behavioural characteristics, personal situation, or market environment: Is at higher risk of experiencing negative outcomes in the market; Has limited ability to maximise their well-being; Has difficulty in obtaining or assimilating information; Is less able to buy, choose or access suitable



Em Portugal a transposição não foi, neste particular, a mais feliz. Enquanto na Diretiva (no referido artigo 5.º n.º 3) a menção aos grupos claramente identificados de consumidores particularmente vulneráveis releva para se definir a bitola de avaliação, que será o membro médio do grupo e não o consumidor médio, na transposição nacional as práticas comerciais potencialmente distorcivas do comportamento económico destes grupos estão consagradas como sendo práticas comerciais desleais em especial. Após a definição do que seja uma prática comercial desleal em geral (no artigo 5.º LPCD), o legislador nacional determina – no artigo 6.º LPCD – que são desleais em especial três categorias de práticas: as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores particularmente vulneráveis, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto essa distorção; as práticas comerciais enganosas e agressivas que, no caso concreto, distorçam o comportamento económico dos consumidores; e as práticas comerciais enganosas e agressivas em qualquer circunstância constantes da “lista negra” da Diretiva integralmente transposta. Ora na realidade uma prática comercial que distorça o comportamento económico dos grupos vulneráveis será também por ser enganosa ou agressiva, e também dependerá de avaliação casuística, exceto se integrar a lista das práticas consideradas desleais em qualquer circunstância, como acontece com a exortação direta às crianças. Não se compreende, pois, esta consideração das práticas que envolvam grupos de consumidores vulneráveis como sendo uma nova categoria a par das práticas enganosas e agressivas.

---

products; or Is more susceptible to certain marketing practices” - Cf. EUROPEAN COMMISSION, *Consumer vulnerability across key markets in the European Union - Final report*, 2016a, p. 383.

Para futuro, importa refletir sobre a correspondência do consumidor médio assim delineado com a realidade. Ou, dito de outro modo, será que o consumidor médio é tipicamente informado, atento e advertido?

O próprio TJUE reconheceu em várias decisões que o consumidor nem sempre reveste aquelas características, seja pelo tipo de bem ou serviço em causa, seja pela localização geográfica.<sup>173</sup> A doutrina considera também o conceito “bastante irrealista”<sup>174</sup>, “desligado de evidências factuais”<sup>175</sup> e uma importação de “uma figura desejável de consumidor, partindo de como deveria ser e não como realmente é”<sup>176</sup> e apela à consideração dos dados da economia comportamental e psicologia do consumidor para construir a imagem do consumidor *real* de uma maneira mais empírica. Como sumaria Teresa Hualde Manso:

“... o consumidor médio, entendido de forma empírica, não é circunspecto nem observador. O consumidor médio não lê atenta e completamente a publicidade nem as comunicações comerciais com especial cuidado, mas sim apressada e rapidamente, dirigindo a sua atenção para a informação que ele próprio procura e não para a fornecida pelo comerciante, fixando a sua atenção nos cabeçalhos e fotos. O consumidor real típico às vezes age como um observador relaxado e distraído e esse comportamento é conhecido pelo comerciante e usado em seu favor”.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> Cf. SANDRA PASSINHAS, *O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor português*, 2019, p. 280-287.

<sup>174</sup> Tradução nossa. No original: “rather unrealistic” - Cf. GERAINT HOWELLS, CHRISTIAN TWIGG-FLESNER E THOMAS WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, 2018, p. 329.

<sup>175</sup> Tradução nossa. No original: “...the normative standard of the “average consumers” is detached from factual evidence...” - Cf. IRINA DOMURATH, *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, 2013, p. 133.

<sup>176</sup> Tradução nossa. No original: “Se adoptó la solución de importar una fi gura deseable de consumidor, basándose en cómo debería ser y no cómo es en realidad...” - Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 44.

<sup>177</sup> Tradução nossa. No original: “Basta ahora con indicar que el consumidor medio entendido de una manera empírica no es ni circunspecto ni observante. El tipo medio de consumidor no lee la publicidad de forma atenta y completa ni las comunicaciones comerciales con especial cuidado, sino más bien apresurada y rápidamente, dirigiendo su atención hacia la información que él mismo está

Merece aqui destaque o Acórdão *Teekanne*<sup>178</sup>, onde, apesar de reiterar que o consumidor médio lê primeiro a lista de ingredientes de um produto (no caso, uma infusão de frutos), o TJUE considera que este consumidor informado e atento pode ser induzido em erro por outros elementos da rotulagem, designadamente a aparência, descrição ou representação gráfica que sugerem a presença de um determinado ingrediente quando esse ingrediente não está presente na composição nem consta daquela lista (pontos 26 e segs. do Acórdão). Nesta análise o TJUE sugere que sejam tidos em conta “os termos e as imagens utilizados, bem como a localização, a dimensão, a cor, o tipo de caracteres, o idioma, a sintaxe e a pontuação dos diversos elementos que figuram na embalagem” (ponto 43 do Acórdão).

Em comentário ao Acórdão, Schebesta e Purnhagen entendem que a decisão foi pioneira no entendimento menos normativo e mais realista do consumidor médio, mostrando a abertura do Tribunal à discussão sobre “os níveis de vulnerabilidade dos consumidores do mundo real”.<sup>179</sup> Ao valorizar a percepção geral do consumidor – que inclui a componente não-textual da informação – o TJUE “aliviou enormemente as presunções de processamento de informações que

---

buscando y no hacia la que le proporciona el comerciante, ciñendo su atención a las cabeceras y a las fotos. El típico consumidor real actúa algunas veces como un observador relajado y distraído y este comportamiento el comerciante lo conoce y lo utiliza a su favor.” - Cf. TERESA HUALDE MANSO, *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo*, 2016, p. 45.

<sup>178</sup> Acórdão do TJUE, de 04/06/2015, no processo C-195/14 (Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. contra Teekanne GmbH & Co. KG), disponível na WWW:< <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-195/14>> [Consult. 12.10.2020]. No caso concreto, a embalagem da infusão de frutos “Felix aventura de framboesa-baunilha” continha imagens de framboesas e de flores de baunilha e as menções “infusão de frutos com aromas naturais” e “infusão de frutos com aromas naturais - sabor a framboesa-baunilha”, quando tais componentes estavam ausentes da lista de ingredientes e sendo certo que a infusão não continha ingredientes naturais extraídos da baunilha ou framboesa nem aromas obtidos a partir delas.

<sup>179</sup> Tradução nossa. No original: “The ruling is potentially the first case in a series of judgments that understands the “average consumer” in a less normative way, and opens up to arguments about the real-world vulnerability levels of consumers.” - Cf. HANNA SCHEBESTA E KAI P. PURNHAGEN, *The behaviour of the average consumer: A little less normativity and a little more reality in CJEU’s case law? Reflections on Teekanne*, 2016, p.1.

pesavam sobre o ‘consumidor médio’, proporcionando assim uma necessária ‘atualização’ do conceito na jurisprudência mais antiga”.<sup>180</sup> Os autores aludem ainda aos contributos da ciência comportamental, designadamente quanto à *atenção* do consumidor que se centra primeiro nos elementos visuais e cores do que na informação textual e, nessa medida, é frequentemente a imagem que serve de âncora à percepção do consumidor sobre o produto e consequente decisão de compra.<sup>181</sup>

A questão da superioridade da imagem sobre o texto assume especial relevância no caso dos consumidores menores. No caso concreto, a embalagem da infusão de frutos incluía de forma destacada a imagem de uma personagem da literatura infantil (o coelho Felix) num skate e a expressão, em caligrafia infantil, “aventura de framboesa-baunilha”. Se os consumidores adultos motivam a sua decisão negocial mais pelos elementos visuais do que pela informação textual constante da rotulagem<sup>182</sup>, os menores, menos capazes de ler e/ou compreender uma lista de ingredientes ou o processo de produção de alimentos, serão ainda “mais propensos a atribuir às imagens de ingredientes em uma embalagem o significado de que um produto de fato contém os ingredientes descritos”.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> Tradução nossa. No original: “The Court greatly alleviated the information processing presumptions that had burdened the ‘average consumer’, thus providing a necessary ‘update’ to the concept in older jurisprudence” - Cf. HANNA SCHEBESTA E KAI P. PURNHAGEN, *The behaviour of the average consumer: A little less normativity and a little more reality in CJEU’s case law? Reflections on Teekanne*, 2016, p. 12.

<sup>181</sup> Cf. HANNA SCHEBESTA E KAI P. PURNHAGEN, *The behaviour of the average consumer: A little less normativity and a little more reality in CJEU’s case law? Reflections on Teekanne*, 2016, p. 13 e segs.

<sup>182</sup> Ao contrário do ficcionado em anteriores decisões do TJUE, ditam as regras da experiência que os consumidores não leem a lista de ingredientes dos produtos adquiridos, exceto em caso de alergias ou intolerâncias alimentares, dietas com condicionantes de teor de alguns ingredientes, etc.

<sup>183</sup> Tradução nossa. No original, e na transcrição completa: “Children as a special, more vulnerable, target group are less likely to (be able to) read and understand a list of ingredients. Further, *prima facie* they seem more likely to attribute to pictures of ingredients on a package the meaning that a product in fact contains the depicted ingredients. This effect is reinforced by their lack of knowledge on complex food production processes involving flavourings” - Cf. HANNA SCHEBESTA E KAI P. PURNHAGEN, *The behaviour of the average consumer: A little less normativity and a little more reality in CJEU’s case law? Reflections on Teekanne*, 2016, p. 18.

Ao propor a alteração do padrão normativo de um consumidor médio para um consumidor vulnerável, Irina Domurath aponta as limitações aos paradigmas da informação e da lealdade: em primeiro lugar a falta de liberdade contratual, já que a maioria dos contratos de consumo não resulta de um processo de livre negociação, mas antes de uma apresentação de termos contratuais em regime de “pegar ou largar”, predispostos pelo profissional, com maior poder de negociação e de mercado e, logo, “a informação assimétrica derivada desta posição de negociação geralmente inferior dos consumidores pode minar a eficiência de muitas transações de consumo”<sup>184</sup>, especialmente em setores em que o excesso e complexidade da informação é contraproducente; em segundo lugar, precisamente a falta de um consumidor razoavelmente advertido, uma vez que os consumidores reais não se comportam da forma racional pressuposta pelo legislador; e, por último, as questões de justiça social decorrentes da harmonização máxima da Diretiva, já que os consumidores ficam privados de padrões de proteção mais elevados nos respetivos ordenamentos nacionais.<sup>185</sup>

#### **1.4. Consumidor-cidadão e a dimensão coletiva dos interesses**

Na mensagem ao Congresso americano, no dia 15 de março de 1962, data que assinala hoje o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor, John Kennedy referiu-se aos consumidores como “o maior grupo económico na economia,

---

<sup>184</sup> Tradução nossa. No original: “The asymmetric information deriving from this generally inferior bargaining position of consumers can undermine the efficiency of many consumer transactions” - Cf. IRINA DOMURATH, *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, 2013, p. 133. A autora refere-se em especial ao caso do crédito ao consumo e hipotecário.

<sup>185</sup> Cf. IRINA DOMURATH, *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, 2013, p. 133-136.

afetando e sendo afetados por quase todas as decisões económicas públicas e privadas”, mas simultaneamente “o único grupo importante da economia que não é eficientemente organizado, cujos pontos de vista quase nunca são ouvidos”.<sup>186</sup>

Esta célebre referência remete-nos para um plano de ponderação dos interesses coletivos e difusos dos consumidores.<sup>187</sup> Carlos Adérito Teixeira e Araújo de Barros introduzem o tema com a constatação de que “a relevância das relações de consumo surge historicamente integrada em um fenómeno mais vasto de reposicionamento e nova articulação do conjunto de interesses na sociedade”, interesses esses que se situam num plano intermédio entre o cidadão e o Estado, na medida em que nem são *res publica* nem são de pura titularidade individual. Antes correspondem, nas palavras daqueles autores, a “direitos que, radicanho embora no indivíduo, gozam de uma relevância operacional necessariamente trans-individual”.<sup>188</sup> Tamara Gonçalves estrutura a questão pelo conceito de sociedade de risco, que nem sempre se consegue particularizar, e que revela as insuficiências do sistema tradicional de responsabilidade civil baseado na culpa. A necessidade de tutelar direitos que podem ser exercidos individualmente, mas comportam uma dimensão coletiva, aguça o engenho de novos instrumentos jurídicos.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> Tradução nossa. No original: “Consumers by definition, include us all. They are the largest economic group, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Yet they are the only important group whose views are often not heard”. Cf. a mensagem completa na WWW:<<https://www.presidency.ucsby.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest>> [Consult. 08.05.2021].

<sup>187</sup> Para uma reflexão crítica sobre a intervenção do Ministério Público nesta matéria, Cf. JOÃO ALVES, *A Intervenção Cível do Ministério Público na Defesa dos Consumidores - a Necessidade de Mudança*, 2012.

<sup>188</sup> Cf. CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA e JOSÉ M. ARAÚJO DE BARROS, *Direitos Difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural*, 2007, p. 97.

<sup>189</sup> Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 123. Encontramos disso exemplos no âmbito da proteção do ambiente e da qualidade de vida das gerações futuras, património cultural, direitos dos consumidores, etc.



O equilíbrio das relações de consumo espelha o crescimento económico de um país<sup>190</sup> e a valorização da sua “coletividade consumidora”<sup>191</sup>. Se a proteção jurídica do consumidor é essencial à edificação de uma sociedade de “bem-estar”, mais justa e solidária, essa mesma sociedade deve “estar atenta ao ‘mal-estar’ gerado pelos excessos do consumismo”<sup>192</sup>. Um desses reveses será a difusão de mensagens publicitárias ilícitas, que acarreta um dano transindividual a todos os expostos à mensagem, atentos os valores que são “pertença geral da colectividade”.<sup>193</sup>

Há, portanto, uma dimensão objetiva da proteção do consumidor quando estejam em causa *valores comunitários*, como o da garantia da confiança no mercado.<sup>194</sup> A natureza transindividual das relações de consumo é igualmente realçada por Netto Lôbo, porquanto tais relações “irradiam efeitos além dos sujeitos concretos da aquisição ou utilização de determinado produto, para alcançar todos os que sejam por elas atingidos, em ato ou potência”.<sup>195</sup> Nesta medida, o conceito legal de consumidor não coincide com a realidade, “onde todos somos consumidores, ainda que mediatamente”.<sup>196</sup>

---

<sup>190</sup> Cf. ANTÔNIO CARLOS EFING, *Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas*, 2011, p. 116.

<sup>191</sup> Cf. ANTÔNIO CARLOS EFING, *Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas*, 2011, p. 109.

<sup>192</sup> Cf. RUI DE ALARCÃO, *Globalização, Democracia e Direito do Consumidor*, 2007, p. 24.

<sup>193</sup> Cf. RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade anotado*, 2005a, p. 162, na anotação ao artigo 30.º do Código da Publicidade. O autor refere que, neste domínio, “a protecção de um membro [da coletividade] origina a protecção de todos” e exemplifica com a divulgação de uma publicidade de natureza discriminatória ou enganosa. Quanto às dificuldades, no direito brasileiro, na atribuição individual da indemnização quando a reparação é requerida em ação coletiva, Cf. JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO, *O código de proteção ao consumidor no Brasil e a regulamentação publicitária: aspectos penais*, 1990. Quanto ao conceito de “dano mediático” pela difusão de informação, Cf. MALIKA-DIANA DOUAOU, *La réparation du trouble médiatique*, 2001.

<sup>194</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 144.

<sup>195</sup> Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p. 24.

<sup>196</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 77.

Numa perspetiva macro-consumerista a tutela dos consumidores é, em regra, a dos interesses difusos dos consumidores em geral, considerados enquanto categoria.<sup>197</sup> E esses interesses difusos, pela sua fragmentação, “tornam inoperantes os mecanismos de tutela assentes na titularidade individual de direitos ou de interesses legítimos”.<sup>198</sup> Importa assim ponderar a dimensão coletiva dos interesses, de que são expressão as modalidades de ação coletiva para salvaguarda destes interesses e direitos transindividuais<sup>199</sup>, como a ação popular para tutela, entre outros valores constitucionais, dos direitos dos consumidores<sup>200</sup>, a ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor<sup>201</sup> e a ação inibitória para proibição de cláusulas contratuais abusivas<sup>202</sup>.

Pinto Monteiro afirma que “não pode contrapor-se o cidadão ao consumidor, pois este mais não é do que o cidadão numa especial relação, a de consumo”<sup>203</sup>. Mas não significa isto que se perca de vista as especificidades do consumidor e do Direito que o tutela. José Oliveira Ascensão adverte para o equívoco de confundir consumidor com público (porquanto “o público é a situação normal em que estamos todos” enquanto o consumidor é protegido na sua particularidade)<sup>204</sup> e, por outro lado, para o perigo de degradação da pessoa, que resulta do direito do consumidor disputar o espaço do direito civil, pois deixa de

---

<sup>197</sup> Cf. RUI ANDRADE, *Evolução dos direitos e deveres dos consumidores*, 1997, p. 73

<sup>198</sup> Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Do direito do consumo ao código do consumidor*, 1999, p. 210.

<sup>199</sup> Cf. ÂNGELA FROTA, CRISTINA RODRIGUES DE FREITAS e TERESA MADEIRA, *Das acções colectivas em Portugal*, 2007, p. 25 e segs. analisam, com recurso à conceptualização brasileira, as três classes de interesses e direitos classificados como transindividuais ou plurisubjetivos: os “individuais homogêneos”, direitos divisíveis e individualizados, mas com uma origem comum que motiva a ação coletiva; os “difusos”, que afetam pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de facto (por exemplo, para retirada do mercado de um produto perigoso) e os “coletivos”, que se referem a direitos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base.

<sup>200</sup> Cf. artigo 52.º n.º 3 a) CRP.

<sup>201</sup> Cf. artigo 10.º LDC e a remissão feita pelo artigo 16.º LPCD, para prevenção, correção ou cessação de tais práticas.

<sup>202</sup> Cf. artigo 25.º do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais.

<sup>203</sup> Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada*, 2010, p. 234.

<sup>204</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 137.



surgir como o cidadão de pleno direito, para aparecer como o objeto da proteção especial conferida aos consumidores.<sup>205</sup> Quanto a esta problemática da articulação direito civil/direito do consumidor, conclui Pinto Monteiro que “nem a conquista do direito civil pelo direito do consumidor, nem a capitulação deste perante aquele”<sup>206</sup>, dadas as especificidades do direito do consumidor.<sup>207</sup>

O Direito do Consumo é exemplo de um direito moderno, “simultaneamente plural e particular”, o que, segundo Iain Ramsay, exige reflexão sobre a relação entre a legislação, as práticas de mercado e o modo como cada indivíduo constrói o seu papel enquanto consumidor.<sup>208</sup> E nesta responsabilidade compartilhada radica a sua dimensão de cidadania. Ao jurista, o desafio que se coloca, nas sábias palavras de Netto Lôbo, é:

“a capacidade de ver as pessoas em toda sua dimensão ontológica e não como simples e abstratos pólos de relação jurídica e muito menos como objectos manipuláveis pelos interesses econômicos. [...] Restaurar a primazia da pessoa é assentar o direito na *dignitas humana* e concebê-lo como um “serviço da vida”, um *foyer da cidadania ativa*”.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O anteprojecto do Código do consumidor e a publicidade*, 2006, p. 18.

<sup>206</sup> Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do consumidor*, 2006, p. 54.

<sup>207</sup> Sobre esta mesma questão, Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O anteprojecto do Código do consumidor e a publicidade*, 2006, p. 10-12. Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, 2007, p. 43-49.

<sup>208</sup> Cf. IAIN RAMSAY, *Consumer protection in the era of informational capitalism*, 2000, p. 65.

<sup>209</sup> Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p. 45.

### **1.5. Os direitos do consumidor como direitos fundamentais**

Em Portugal, a CRP consagra hoje como direitos fundamentais, no seu artigo 60.º, os direitos do consumidor “à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos”. A inclusão destes direitos no catálogo dos *direitos fundamentais* não os afirma como “direitos naturais” (manifestações primárias da dignidade humana, anteriores ao Estado e que a Constituição se limita a reconhecer) ou “direitos humanos” (reconhecidos generalizadamente pela comunidade internacional)<sup>210</sup>, mas representa uma opção de soberania estadual, num dado contexto histórico-político, positivada nas normas constitucionais do país e nas normas infraconstitucionais que as densificam.<sup>211</sup>

Este processo de inclusão dos direitos dos consumidores no texto constitucional foi gradual.<sup>212</sup> Na versão original de 1976 estabeleceu-se como uma das incumbências prioritárias do Estado “proteger o consumidor, designadamente através do apoio à criação de cooperativas e de associações de consumidores”.<sup>213</sup> A primeira revisão constitucional, em 1982, manteve a proteção do consumidor como responsabilidade estadual e concomitantemente consagrou aos consumidores os direitos subjetivos à formação e à informação, à proteção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos e à reparação de danos, mas incluídos na Parte II

---

<sup>210</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 141.

<sup>211</sup> Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p. 28.

<sup>212</sup> A propósito da tutela constitucional dos direitos do consumidor, Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003 e Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Breve nótula sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa*, 2007. Para uma panorâmica geral da evolução dos direitos e deveres dos consumidores a nível internacional, europeu e nacional, Cf. RUI ANDRADE, *Evolução dos direitos e deveres dos consumidores*, 1997.

<sup>213</sup> Cf. artigo 81.º m) CRP, na versão do Decreto de 10 de abril de 1976.

(Organização Económica), título VI (Comércio e proteção do consumidor).<sup>214</sup> A revisão constitucional de 1989 incluiu no elenco o direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, e elevou os direitos dos consumidores à categoria de direitos fundamentais, compreendidos na Parte I (Direitos e deveres fundamentais), Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), Capítulo I (Direitos e deveres económicos)<sup>215</sup>, para além de afirmar a proteção dos consumidores como objetivo da política comercial.

Estas duas revisões constitucionais foram determinantes na consolidação jusconstitucional dos direitos dos consumidores: a primeira, pela formulação *subjektiva* de tais direitos, a segunda pela sua inserção no catálogo dos direitos *fundamentais*. No intervalo, “era duvidosa [...] a pertinência dos direitos dos consumidores ao conjunto dos direitos fundamentais”<sup>216</sup> já que essa aceitabilidade dependia do cláusula-aberta do artigo 16.º da CRP, que ampliava a natureza de direitos fundamentais para outros direitos formalmente fora deste catálogo. Mas desde 1989, e pela conjugação daquelas revisões constitucionais, alcança-se para os direitos dos consumidores a “inequívoca intenção da sua constitucionalização como direitos subjectivos na ordem jurídica portuguesa”<sup>217</sup>. Como sumariza José Meirim, “tornou-se necessário desligar a (exclusividade na) protecção do consumidor da actividade comercial, para admitir sem reservas os direitos dos

---

<sup>214</sup> Cf. artigos 81.º i) e 110.º CRP, na versão da Lei Constitucional n.º 1/82 de 30 de setembro. Neste elenco de 82, José Meirim diferencia entre os dois direitos de ordem substancial, direito à proteção física e direito à proteção dos interesses económicos (este último com repercussão na formação dos contratos e por isso aqui incluindo as regras sobre a publicidade “dado o eventual papel negativo da actividade publicitária, através da informação que veicula, na formação da vontade do consumidor”) e os três direitos-instrumentais destes como sejam o direito à informação, formação e representação e consulta - Cf. JOSÉ MANUEL MEIRIM, *A Constituição da República e os Consumidores*, 1990, p. 184.

<sup>215</sup> Cf. artigos 60.º, 81.º j), 102.º e) CRP na versão da Lei Constitucional n.º 1/89 de 8 de julho.

<sup>216</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 140.

<sup>217</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 140.

consumidores, como direitos económicos fundamentais na globalidade do mercado”<sup>218</sup>.

Barbosa de Melo reforça esta conceção dos direitos dos consumidores como direitos subjetivos pelos termos em que o conteúdo normativo de cada um deles é desenvolvido na lei de defesa do consumidor, bem como pelo disposto no artigo 16.º daquela lei que, ao consagrar a nulidade de qualquer convenção ou disposição contratual que exclua ou restrinja estes direitos do consumidor, mas restringindo a faculdade de invocar esta invalidade ao consumidor (ou seus representantes) torna-o “senhor da posição jurídica garantida por tal sanção, como é norma no direito subjetivo típico”.<sup>219</sup>

As revisões constitucionais subsequentes traduziram, nesta matéria, uma estabilização da tutela do consumidor, designadamente pela autonomização dos direitos dos consumidores no âmbito do direito de ação popular<sup>220</sup> e a substituição, ao nível das prioridades estaduais, da expressão “proteger o consumidor” pela de maior completude “garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores”.<sup>221</sup>

Descrito o processo de constitucionalização dos direitos dos consumidores, impõe-se agora uma breve reflexão sobre, por um lado, a motivação para esta “fundamentalização”<sup>222</sup> e, por outro, as suas implicações, com apresentação das principais interrogações levantadas pela doutrina. Os direitos do consumidor são o que a doutrina designa de “direitos de terceira geração”, afirmados depois dos direitos, liberdades e garantias pessoais e dos direitos de participação política. Os constitucionalistas Gomes Canotilho e Vital Moreira referem-se precisamente à

---

<sup>218</sup> Cf. JOSÉ MANUEL MEIRIM, *A Constituição da República e os Consumidores*, 1990, p. 186.

<sup>219</sup> Cf. ANTÓNIO M. BARBOSA DE MELO, *Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores*, 2003, p. 24, nota 1. Cf. igualmente Cf. ANTÓNIO HERMAN V. BENJAMIN, *A repressão penal aos desvios do marketing*, 1994, p. 90.

<sup>220</sup> Cf. atual artigo 52.º n.º 3 a) CRP.

<sup>221</sup> Cf. atual artigo 81.º i) CRP.

<sup>222</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 141.

dupla natureza dos direitos dos consumidores<sup>223</sup>, ao terem como destinatários por um lado, diretamente os fornecedores de bens e serviços e, por outro lado, o Estado, a quem incumbe, nos termos do artigo 1.º LDC, um *dever geral de proteção*, a cumprir através da legislação, da fiscalização administrativa e do aparelho judicial<sup>224</sup>.

O regime constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais, entre os quais os direitos dos consumidores, exige uma atuação estadual e opções político-orçamentais, atenta a escassez de recursos à disposição do Estado para garantir todas estas prestações aos seus cidadãos<sup>225</sup>. Mas o facto de não estarem dotados da mesma força jurídica que se reconhece aos direitos, liberdades e garantias<sup>226</sup>, não os esvazia de sentido, antes pelo contrário têm uma força normativa própria que se manifesta nos seguintes aspetos<sup>227</sup>:

- Imposição legislativa concreta, materializada no dever de legislar por parte do Estado para tornar exequíveis os imperativos constitucionais, do qual é reflexo o acervo legislativo que referenciamos ao longo do nosso trabalho;
- Critério de interpretação das normas infraconstitucionais, impondo em regra a prevalência do sentido mais favorável aos consumidores;

---

<sup>223</sup> Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, 2007, p. 780.

<sup>224</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 146 e Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p. 29.

<sup>225</sup> Cf. ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Breve nótila sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa*, 2007, p. 302. Vieira de Andrade caracteriza estes direitos como “fins políticos de realização gradual” ou “direitos ‘sob reserva do possível’” – Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 148.

<sup>226</sup> Vieira de Andrade considera que alguns dos direitos do consumidor (como o direito à reparação dos danos) deveria ser considerado análogo aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando da sua proteção acrescida - Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 149.

<sup>227</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 149-156 e Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p. 30-31.

- Referencial de controlo da constitucionalidade das disposições legislativas submetidas a fiscalização;<sup>228</sup>
- Carácter de valores constitucionais, que poderá justificar a restrição ou limitação de outros direitos fundamentais com eles conflituantes, tais como as liberdades de expressão, de iniciativa económica e contratual;<sup>229</sup>
- Projeção nos direitos derivados ou, nas palavras de Vieira de Andrade, “força irradiante”, que não vincula o legislador a não diminuir o nível de realização legislativa destes direitos, mas dota-os de alguma estabilidade, que exigirá justificação e razoabilidade na diminuição do grau de proteção.<sup>230</sup>

Os direitos reconhecidos aos consumidores, integrados no catálogo de direitos fundamentais, estão em necessária articulação com os princípios estruturantes da CRP, quer da “constituição política” e do princípio democrático consagrado no artigo 2.º CRP, quer da “constituição económica” traduzida no princípio do Estado social.<sup>231</sup> Nunes Azevedo refere as consequências práticas deste último ao nível da concretização da democracia económica (que impõe o afastamento do Estado dos setores da atividade económica) e da democracia social (que exige a intervenção ativa do Estado para assegurar a justiça social). E esta

---

<sup>228</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 152-153 chama a atenção para “que esses efeitos invalidatórios ou interpretativos apenas podem operar na medida em que o conteúdo do preceito constitucional seja *determinável* por interpretação, e, no contexto da nossa Constituição, o legislador não está obrigado directamente senão a assegurar as condições que permitam a realização mínima do direito social. Isto é, só o *conteúdo mínimo dos direitos dos consumidores* pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinado, em termos de ser judicialmente exigível. Tal significa que, em geral, o juiz tem de aceitar o poder de conformação do legislador e só em casos *excepcionais* ou em aspectos *limitados* poderá concluir pela violação, que terá de ser *manifesta*, das normas constitucionais”.

<sup>229</sup> Deste conflito entre liberdades daremos conta *infra*, no capítulo relativo à regulação da publicidade.

<sup>230</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 155-156.

<sup>231</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 58-59.



articulação, continua o autor, tem de ser redescoberta “perante a emergência de novas facetas do prisma social”, entre as quais, como veremos, a tutela de crianças e jovens e o respeito pela atividade publicitária enquanto manifestação de outras liberdades constitucionais.<sup>232</sup>

Mas para que toda esta construção não se reduza ao “direito a ter direitos” e o consumidor não fique “tão ungido de direitos formais quanto desprovido de garantias efectivas” – preciosa expressão de Cunha Rodrigues – é imperiosa uma educação cívica para o consumo.<sup>233</sup> Até porque “as vertentes da formação e da informação do consumidor se envolvem no conceito de promoção”.<sup>234</sup>

### **1.6. Consumidores enquanto público dos *media***

Os meios de comunicação contemporâneos vieram “permitir a grande circulação do componente principal e de atual parâmetro para aferição da riqueza: a informação”, tornando-a onnipresente.<sup>235</sup> Falamos aqui dos meios de comunicação ditos tradicionais (a imprensa, a rádio e a televisão), mas igualmente de novos *media*, como cinema, videojogos, *internet* e redes sociais.

Com a comunicação detida, em larga escala, por grupos empresariais, resultado da concentração horizontal (aquisições ou fusões num mesmo setor), vertical (domínio em várias etapas da cadeia, como a produção e distribuição

---

<sup>232</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 60.

<sup>233</sup> Cf. CUNHA RODRIGUES, *As novas fronteiras dos problemas de consumo*, 1999, p. 58.

<sup>234</sup> Cf. MÁRIO FROTA, *O Tratado de Amsterdão e a tutela dos direitos do consumidor*, 1998, p. 13.

<sup>235</sup> Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 116. Esta onnipresença não é sinónimo de relevância ou utilidade, já que como notam os autores essa informação é “fútil em muitíssimas quantidades, irrelevante em outras, às vezes notícia, pouquíssimas vezes conhecimento e quase nunca sabedoria”.



televisivas) e diagonal (presença simultânea em várias indústrias, como a rádio e a televisão) da propriedade dos meios de comunicação social, e a lógica do *multiscreen* nas comunicações eletrónicas e audiovisuais, cedem algumas das costumeiras delimitações. A partir do momento em que é possível assistir à televisão no *smartphone* ou ler o jornal num *ipad*, a discussão torna-se transversal e global. Através dos *media*, “chegamos a indivíduos, famílias, comunidades [...] na sua dimensão de consumo, isto é, como potenciais consumidores – entre outras coisas – de informação, entretenimento, cultura, e, mesmo de bens e serviços, mensagens políticas, etc.”<sup>236</sup>, numa jornada simultaneamente económica e cultural.<sup>237</sup>

Para os meios de comunicação social, os cidadãos-consumidores representam *público e audiências*. De modo particular no setor audiovisual, “os anunciantes ao comprarem alguns segundos de tempo televisivo, estão, na realidade, a comprar telespectadores aos milhares”<sup>238</sup>. Por outro lado, os próprios conteúdos dos *media* podem ser encarados como um bem de consumo.<sup>239</sup>

Robert G. Picard, num contributo sobre os desafios do serviço público de televisão para o século XXI, enumera os fatores decisivos para as pressões contemporâneas sobre os *media*: abundância de meios de comunicação social, fragmentação e polarização das audiências, desenvolvimento de carteiras de

---

<sup>236</sup> Tradução nossa. Permitimo-nos aqui a ousadia de estender o pensamento de Guido Alpa, que se referia apenas à televisão. No original: “Attraverso la tv si raggiungono i singoli individui, le famiglie, le comunità, i singoli, le famiglie e le comunità nella loro dimensione di consumo, cioè come potenziali consumatori - tra l'altro - di informazione, di intrattenimento, cultura, e, ancora, di beni e servizi, di messaggi politici e così via” - Cf. GUIDO ALPA, *Gli utenti della TV : da oggetti a soggetti*, 1996, p. 386.

<sup>237</sup> Cf. MÁRCIA AMARAL CORRÊA DE MORAES, *O Impacto da Mídia Publicitária e Relacional na Formação de Consumidores Jovens e Adultos*, 2012, p. 97-98.

<sup>238</sup> Cf. JAMES CURRAN e JEAN SEATON, *Imprensa, rádio e televisão: poder sem responsabilidade*, 1997, p. 217. Cf. HELENA MONIZ, *Direito de resposta: limite à liberdade de imprensa ou protecção do consumidor?*, 1996, sobre o “consumidor-leitor” que tem o direito a ser informado com veracidade e o direito de resposta como instrumento da sua proteção.

<sup>239</sup> Cf. THOMAS WILHELMSSON, *The consumer's right to knowledge and the press*, 2000, p. 368. O autor questiona a aplicabilidade – à informação constante de um jornal – das regras relativas à qualidade (quando o consumidor esteja insatisfeito com a informação, por esta ser falsa ou tendenciosa) ou segurança (em caso de informação considerada perigosa) dos bens de consumo.

produtos, erosão das forças das empresas de *media* e alterações de poder no processo comunicacional.<sup>240</sup> Interessa-nos sobretudo atentar em dois desses fatores. Por um lado, a audiência fragmentada pela proliferação de ofertas mediáticas, e consequente dispersão ao nível do uso dos *media* pelos consumidores, conduz a alterações na concorrência entre operadores, que “já não é definida institucional e estruturalmente, mas sim através do tempo e do dinheiro despendidos por parte desses consumidores”<sup>241</sup>. Por outro lado, em termos de poder nas comunicações, o espaço mediático é cada vez mais controlado pelos consumidores e esta procura sobreposta à oferta transformou dramaticamente a relação entre os operadores e as audiências. Em Portugal, a evolução do setor televisivo desde a fundação da Rádio e Televisão de Portugal (RTP), passando pelo aparecimento dos operadores privados, até à expansão dos canais de televisão por cabo e satélite e as possibilidades de serviços audiovisuais a pedido, é reveladora desta alteração conceptual e pragmática. A audiência anónima, agregada e passiva, dependente e influenciada pelo emissor de serviço público que em monopólio disponibilizava os conteúdos e servia esta coletividade transformou-se em múltiplas audiências em posição de “exercer o direito de escolher aquilo que consomem, o seu fornecedor e o *timing* desse consumo”<sup>242</sup>. O telespetador, ouvinte e leitor é hoje tido como consumidor da programação dos meios, deixou de ser membro de uma audiência para passar a ser cliente, a valorizar não só por “se tratar de um cidadão membro de uma sociedade, como também pelo facto de ter a capacidade de patrocinar (ou não) os operadores”<sup>243</sup>.

---

<sup>240</sup> Cf. ROBERT G. PICARD, *Audiências, consumidores e cidadãos: implicações das mudanças nas relações dos operadores de serviço público*, 2011, p. 33-34; e Cf. JAY G. BLUMLER e WOLFGANG HOFMANN-RIEM, *Hacia una nueva responsabilidad pública en la televisión*, 1993.

<sup>241</sup> Cf. ROBERT G. PICARD, *Audiências, consumidores e cidadãos: implicações das mudanças nas relações dos operadores de serviço público*, 2011, p. 34.

<sup>242</sup> Cf. ROBERT G. PICARD, *Audiências, consumidores e cidadãos: implicações das mudanças nas relações dos operadores de serviço público*, 2011, p. 37.

<sup>243</sup> Cf. ROBERT G. PICARD, *Audiências, consumidores e cidadãos: implicações das mudanças nas relações dos operadores de serviço público*, 2011, p. 37.

A fragmentação da audiência dos *media* fomenta a procura dos consumidores, com proliferação de novas formas e suportes publicitários. Todavia, a conversão da audiência dos meios de comunicação social num “produto comercial que os meios vendem aos anunciantes para assegurar a sua viabilidade económica”<sup>244</sup>, e consequente competitividade entre os operadores de televisão, conduz a níveis de saturação publicitária junto dos consumidores. E, neste contexto, os anunciantes procuram dar máxima notoriedade às suas propostas publicitárias, ainda que se socorrendo de recursos criativos ilegais ou pouco éticos, o que se traduz muitas vezes em atropelos ao estatuto do consumidor.<sup>245</sup>

Não obstante o pragmatismo revelado por estes dados da realidade do setor comunicacional, mantemos a convicção de que os meios de comunicação social não podem, pela sua própria definição e finalidades, ser alheios à dimensão humanística e cidadã dos direitos do consumidor. São, afinal, meios de comunicação *social*, e nessa qualidade comprometidos com os valores fundamentais da sociedade civil em que operam.<sup>246</sup> Como se pode ler na Diretiva dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual:

“Os serviços de comunicação social audiovisual são, simultaneamente, serviços culturais e serviços económicos. A importância crescente de que se revestem para as sociedades, a democracia — garantindo designadamente a liberdade de informação, a diversidade de opiniões e o pluralismo dos meios de comunicação

---

<sup>244</sup> Tradução nossa. No original: “la audiencia de los medios de comunicación social, es convertida en un producto comercial que éstos venden a los anunciantes para asegurar su viabilidad económica” – ECHEVERRÍA, cit. por M<sup>a</sup> DOLORES PRIETO DEL PINO, *La necesidad de una publicidad responsable: Los conflictos ético-jurídicos del discurso publicitario audiovisual*, 2005, p. 247.

<sup>245</sup> Cf. M<sup>a</sup> DOLORES PRIETO DEL PINO, *La necesidad de una publicidad responsable: Los conflictos ético-jurídicos del discurso publicitario audiovisual*, 2005, p. 249. A propósito da publicidade em rede e na (in)tolerância em relação a ela, Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 146.

<sup>246</sup> Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 131-132.

social —, a educação e a cultura justifica a aplicação de regras específicas a esses serviços”.<sup>247</sup>

Entre as finalidades legalmente estatuídas para a atividade dos meios de comunicação social incluem-se a contribuição para a *informação* e *formação* do público e a promoção da *cidadania* e do *pluralismo*. A liberdade de informação, que inclui, na sua definição constitucional, o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimentos nem discriminações (artigo 37.º n.º 1 CRP), é acolhida na legislação infraconstitucional que disciplina os meios de comunicação social tradicionais, nos moldes que ora sucintamente enunciaremos:

– A Lei da Imprensa (LI)<sup>248</sup> determina que aquele direito dos cidadãos a serem informados é garantido, entre outros, através de medidas que impeçam níveis de concentração lesivos do pluralismo da informação, da identificação e veracidade da publicidade e do respeito pelas normas deontológicas no exercício da atividade jornalística (artigo 2.º LI).

– A Lei da Rádio (LR)<sup>249</sup> considera fins da atividade: “a) Contribuir para a informação, a formação e o entretenimento do público; b) Promover o exercício do direito de informar, de se informar e de ser informado, com rigor e independência, sem impedimentos nem discriminações; c) Promover a cidadania e a participação democrática e respeitar o pluralismo político, social e cultural; d) Difundir e promover a cultura e a língua portuguesas e os valores que exprimem a identidade nacional; e) Contribuir para a produção e difusão de uma programação, incluindo informativa, destinada à audiência da respetiva área de cobertura.” (artigo 12.º LR). Entre as obrigações gerais dos operadores de rádio, para além do respeito pelos

---

<sup>247</sup> Cf. Considerando 5 da Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos estados-membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual.

<sup>248</sup> Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro, na sua versão atual.

<sup>249</sup> Lei n.º 54/2010, de 24 de dezembro, na sua versão atual.

direitos fundamentais, estão a difusão de programação informativa regular, rigorosa e independente (artigo 32.º LR), obrigação reforçada para o concessionário de serviço público (artigo 49.º LR).

– A Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (LT)<sup>250</sup> sustenta similares fins para a atividade de televisão (artigo 9.º LT) e obrigações para os seus operadores, cuja programação deve assegurar o respeito pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais e demais valores constitucionais (artigo 27.º e 34.º LT). O compromisso do concessionário de serviço público exige a formação cultural e cívica dos telespectadores, garantindo o acesso de todos à informação, à educação e ao entretenimento de qualidade, em múltiplas concretizações (artigo 51.º LT).

Nas sociedades modernas, é evidente a forma como os meios de comunicação social “modelam comportamentos e mentalidades”<sup>251</sup> e definem prioridades de consumo<sup>252</sup>. Com o contraponto da sua responsabilidade na educação e informação dos cidadãos, para desenvolvimento e uma “cidadania responsável”.<sup>253</sup> Na medida em que a liberdade dos *media* não é um valor absoluto,

---

<sup>250</sup> Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, na sua versão atual.

<sup>251</sup> Cf. ALBERTO ARONS DE CARVALHO, *A responsabilidade social da comunicação social*, 2002, p. 19. Maira Tardelli de Azevedo aborda o tema da *publicidade cidadã* enquanto “uma publicidade ética e honesta, que seja capaz de estabelecer cumplicidade ideológica entre empresa e consumidor e criar imagens que estejam alinhadas com os valores e princípios das empresas. Uma publicidade que se apresente como instrumento de educação e disseminação de novas atitudes e hábitos de uma sociedade sustentável, atuando na conscientização de consumidores e na divulgação de iniciativas e bons exemplos a serem seguidos” - Cf. MAÍRA TARDELLI DE AZEVEDO, *Publicidade Cidadã: como comunicar responsabilidade social empresarial*, 2004, p. 2. Na mesma senda, a liberdade, educação, informação e defesa do consumidor são identificados entre os princípios de uma política pública de marketing – Cf. PHILIP KOTLER e GARY ARMSTRONG, *Princípios de marketing*, 1999, p. 486-487.

<sup>252</sup> Cf. BEJA SANTOS, *Do surgimento da produção em série à actual sociedade de consumo e comunicação*, 1997, p. 31.

<sup>253</sup> Tradução nossa. No original: “Les media, il est vrai, ont un rôle considerable a jouer dans l'épanouissement d'une authentique 'citoyenneté responsable', si souvent évoquée aujourd'hui. À cette fin, ils ont une grande tâche éducative à accomplir, en dispensant une information, sinon en tous points exacte, au moins adéquatement vérifiée, objective, honnête et loyale. Leur responsabilité morale et juridique doit être à la hauteur de cette tâche” - Cf. ETIENNE MONTERO, *La responsabilité civile des médias*, 1998, p. 133.

antes está “intimamente associado a numerosas consequências sociais”<sup>254</sup>, Jay G. Blumler e Wolfgang Hoffmann-Riem, referindo-se aos serviços televisivos, afirmam a necessidade de uma nova responsabilidade *pública* dos operadores públicos e privados, face aos telespectadores e à sociedade como um todo. Os autores acreditam que com um sistema de “autorregulação social”<sup>255</sup>, apesar dos conflitos que poderiam emergir quando a pressão pública ameaçasse as audiências das empresas televisivas e o financiamento de anunciantes e patrocinadores, se poderia reconciliar a liberdade televisiva com a sua responsabilidade perante o público.<sup>256</sup>

Noutro contexto, o da publicidade em rede, Adelaide Menezes Leitão insta a que o incipiente sistema da sua regulação seja complementado pela responsabilidade social das empresas prestadoras de serviços na sociedade da informação e pela educação de profissionais e consumidores.<sup>257</sup> O referencial deve ser o nível ético, que caracteriza uma “empresa responsável e consciente do impacto que a sociedade exerce sobre ela e vice-versa”<sup>258</sup>, a almejar por fornecedores de bens, prestadores de serviços e anunciantes, mas igualmente pelas empresas de comunicação.

A consolidação de poderosos grupos económicos nos *media* “fomenta e reproduz dentro de todo o campo mediático a lógica e os princípios mercantis que

---

<sup>254</sup> Tradução nossa. No original: “acoplada inextricablemente a numerosas consecuencias sociales” – Cf. JAY G. BLUMLER e WOLFGANG HOFMANN-RIEM, *Hacia una nueva responsabilidad pública en la televisión*, 1993, p. 289.

<sup>255</sup> Que envolvesse profissionais de comunicação, investigadores, grupos de pressão, críticos de rádio e televisão, organizações de cidadãos e consumidores, e um novo fórum institucional de responsabilidade diferente das autoridades reguladoras. Cf. JAY G. BLUMLER e WOLFGANG HOFMANN-RIEM, *Hacia una nueva responsabilidad pública en la televisión*, 1993, p. 282-288.

<sup>256</sup> Também Landerset Cardoso se refere a esta “accountability”, o “dar conta pública da atividade” e a transparência como características das modernas formas de regulação - Cf. LUÍS LANDERSET CARDOSO, *Políticas públicas e regulação no sector da publicidade*, 2007, p. 82. Cf. ainda JEAN BEAUCHARD, *Communicatique et responsabilité civile*, 1992.

<sup>257</sup> Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Publicidade na rede*, 2009, p. 279.

<sup>258</sup> Cf. IVA CARLA VIEIRA, JOSÉ HENRIQUES e OLÍMPIO CASTILHO, *Manual de Direito e Cidadania*, 2012, p. 98.



os inspiram”<sup>259</sup>, gerando, na prática profissional, um permanente confronto entre as dinâmicas empresariais (informação como negócio e conquista das audiências) e as dinâmicas jornalísticas (informação como serviço e bem social).<sup>260</sup> Esta “tirania do mercado” faz correr o risco do próprio jornalismo, “tornado progressivamente um produto cujo valor é aferível pela audiência que conquista”, se extinguir.<sup>261</sup> Neste contexto de mercado, os operadores de comunicação têm de estabelecer um novo relacionamento com o seu público, que lhes permita manter estas relações como clientes, mas simultaneamente servi-los como cidadãos.<sup>262</sup>

### **1.7. Meios de comunicação social como suportes publicitários**

“Compreender o consumo é compreender como funciona o sistema publicitário” – acentuam Cosete Correia e Mário Beja Santos – na medida em que “somos consumidores de mensagens e que o receptor das mensagens deve procurar estar atento para as decodificar.”<sup>263</sup> O consumidor está inserido na sociedade da informação, informação essa que Carlos Menezes Direito divide por compartimentos, distinguindo entre os compartimentos informativos (em que se inserem, por exemplo, as notícias e a legislação) e os compartimentos informativos

---

<sup>259</sup> Cf. FERNANDO CORREIA, *Entre a deontologia e o mercado: a crise do profissionalismo jornalístico*, 2001, p. 50.

<sup>260</sup> Cf. FERNANDO CORREIA, *Entre a deontologia e o mercado: a crise do profissionalismo jornalístico*, 2001, p. 52-53.

<sup>261</sup> Cf. MANUEL PINTO, *O papel dos media na promoção da democracia e dos indivíduos na sociedade da informação*, 2003, p. 3. Cf. THOMAS WILHELMSSON, *The consumer's right to knowledge and the press*, 2000.

<sup>262</sup> Cf. ROBERT G. PICARD, *Audiências, consumidores e cidadãos: implicações das mudanças nas relações dos operadores de serviço público*, 2011, p. 37, a propósito dos operadores de serviço público.

<sup>263</sup> Cf. COSETE CORREIA e MÁRIO BEJA SANTOS, *A informação e a educação do consumidor*, 1997, p. 162.



insufladores da aquisição de bens e serviços, através da comunicação social como publicidade e *marketing*.<sup>264</sup>

Edgardo López Herrera refere-se ao papel dos *media* enquanto intermediário entre os destinatários da informação e os anunciantes, num escrito que facilmente se atualiza para abarcar os novos meios e espaços publicitários digitais.<sup>265</sup> Na realidade, esta relação entre os anunciantes e os meios de comunicação enquanto titulares dos suportes publicitários define-se, primordialmente, pela rentabilidade empresarial recíproca que resulta das audiências dos *media*. A publicidade assume, para os meios de comunicação, o papel vital do seu *financiamento*, numa cadeia económica em que produtores e meios de comunicação se necessitam mutuamente, e ambos por sua vez dependem da influência sobre os consumidores.<sup>266</sup>

A dependência dos *media* face à publicidade, os efeitos da concorrência nos conteúdos e o entendimento dos *media* como uma indústria são alguns dos fatores apontados por Alberto Arons de Carvalho, a propósito das mudanças operadas no pós-2ª Guerra Mundial quanto ao papel dos meios de comunicação.<sup>267</sup> A maior pressão sobre os *media* é a da publicidade, pressão essa que não é qualitativa, mas antes quantitativa, para captação de audiências.<sup>268</sup> M<sup>a</sup> Dolores Prieto del Pino critica este predomínio do interesse económico sobre a função social dos *media*<sup>269</sup> e observa os conflitos ético-jurídicos do discurso publicitário audiovisual,

---

<sup>264</sup> Cf. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, *A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação*, 2000, p. 67.

<sup>265</sup> Tradução nossa. No original: “lo que vende un periódico son lectores, lo que vende un canal son televidentes y lo que vende una radio son oyentes. A mayor cantidad de televidentes, oyentes o lectores mayor cotización tendrán los espacios publicitarios” – Cf. EDGARDO SANTIAGO LÓPEZ HERRERA, *Responsabilidad Civil de los medios de prensa*, 1998, p. 117.

<sup>266</sup> Cf. CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA e SILVIA HELENA MUÑOZ CORTINA, *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, 2008, p. 261.

<sup>267</sup> Cf. ALBERTO ARONS DE CARVALHO, *A responsabilidade social da comunicação social*, 2002, p. 23.

<sup>268</sup> Cf. JAMES CURRAN e JEAN SEATON, *Imprensa, rádio e televisão: poder sem responsabilidade*, 1997, p. 224 e 227.

<sup>269</sup> Cf. M<sup>a</sup> DOLORES PRIETO DEL PINO, *La necesidad de una publicidad responsable: Los conflictos ético-jurídicos del discurso publicitario audiovisual*, 2005, p. 247.

evidenciando a necessidade de uma publicidade *responsável*, atento o seu potencial de influência sobre os segmentos sociais mais vulneráveis e as práticas lesivas de direitos individuais e coletivos e de valores sociais consensualmente valorizados. Por isso mesmo, estranha a autora que, nesta matéria, o exercício da atividade dos meios de comunicação social seja acompanhado de escassa (ou até nula) oposição da opinião pública contra as práticas reprováveis de alguns meios e profissionais da comunicação.<sup>270</sup>

Se este compromisso com os interesses comerciais e publicitários é de alguma forma inevitável, certo é também que a pressão das audiências é um dos fatores que contribuiu para acentuar “situações lesivas da credibilidade dos *media*”<sup>271</sup>. Nas suas percepções contemporâneas do poder dos *media*, Mário Mesquita alude a esta crítica sistemática dos meios e a uma sentida “degradação de muitos espaços de comunicação mediática e jornalística”, submissos a lógicas comerciais e de espetacularização.<sup>272</sup> Este excesso de poder dos anunciantes sobre os meios de comunicação social é uma das críticas sociais ao marketing precisamente pela potencial limitação da independência editorial daqueles meios.<sup>273</sup>

---

<sup>270</sup> Cf. M<sup>a</sup> DOLORES PRIETO DEL PINO, *La necesidad de una publicidad responsable: Los conflictos ético-jurídicos del discurso publicitario audiovisual*, 2005, p. 246.

<sup>271</sup> Cf. MÁRIO MESQUITA, *Percepções contemporâneas do poder dos media*, 2002, p. 113.

<sup>272</sup> Cf. MÁRIO MESQUITA, *Percepções contemporâneas do poder dos media*, 2002, p. 123 e segs. O autor ressalva a necessária diferenciação entre a comunicação mediática (na publicidade, programas e ficções) e a informação jornalística, mas reconhecendo que na prática não se preserva essa distância e que, pela adesão dos *media* a uma lógica essencialmente comercial, “a informação e o jornalismo foram-se transformando num género minoritário, cercado e contagiado pela restante produção mediática” (p. 127). Cf. FERNANDO CORREIA, *Entre a deontologia e o mercado: a crise do profissionalismo jornalístico*, 2001, p. 49, em que o autor a propósito deste esbatimento das diferenças de género entre a informação e o entretenimento, conclui que “ganha terreno em todas as frentes a ideologia publicitária, isto é, a adopção de critérios e abordagens importados da linguagem publicitária, em que a sedução se substitui à informação e a embalagem adquire mais importância do que o conteúdo”.

<sup>273</sup> Cf. PHILIP KOTLER e GARY ARMSTRONG, *Princípios de marketing*, 1999, p. 478.

Os suportes publicitários são díspares, mais ou menos convencionais.<sup>274</sup> Sem prejuízo da emergência dos *media* digitais, que abordaremos de seguida, o nosso estudo manterá muito presente a televisão e os interesses dos “teleconsumidores”, dadas algumas particularidades apontadas por Martin Bullinger há já 25 anos mas que conservam a sua atualidade, que aqui subscrevemos: o fascínio da imagem audiovisual e o carácter massivo do consumo de emissões televisivas; a potencialidade da publicidade televisiva, de forma subliminar, desviar o consumo dos telespectadores; o financiamento da televisão através da publicidade, que exige quotas de captação de público e como tal marginaliza emissões de consumo minoritário; o valor global, cultural ou político dos programas televisivos, interrompidos pela emissão de publicidade.<sup>275</sup>

Gilles Champagne apresenta a publicidade como indispensável ao setor audiovisual (que vive “por” e “para” a publicidade) mas simultaneamente contestado pelos riscos para os telespectadores.<sup>276</sup> O autor invoca e refuta quer as críticas tradicionais (de que a publicidade televisiva põe em risco os demais meios de comunicação e condiciona os cidadãos) quer os novos argumentos (como a hostilidade do público face à publicidade televisiva, a diminuição da qualidade das emissões por influência da “corrida às audiências” gerada pela publicidade e a influência das centrais de compra e venda de espaço e tempo na programação

---

<sup>274</sup> Cf. MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição?*, 2007, p. 164. A autora identifica como suportes publicitários convencionais o cinema, a radiodifusão televisiva, a rádio e a imprensa escrita, e como suportes não convencionais os serviços de comunicações audiovisuais não lineares (a pedido), o comércio eletrónico, as versões eletrónicas de jornais, as telecomunicações (hoje comunicações eletrónicas), as comunicações audiovisuais de circuito interno de televisão digital, o mobiliário urbano para informação (conhecido pela sua sigla MUPI), os cartazes, letreiros, abrigos publicitários, montras, máquinas automáticas de Multibanco, diversão eletrónica ou venda de produtos, os jogos eletrónicos, os Dvd’s e CD’s, os prospectos e folhetos, os rótulos e embalagens, o vestuário e afins, bem como outros meios (conhecidos ou desconhecidos) utilizados para difusão publicitária.

<sup>275</sup> Cf. MARTIN BULLINGER, *Publicidad y programacion televisivas en el nuevo ordenamiento europeo de television*, 1990, p. 30-31.

<sup>276</sup> Cf. GILLES CHAMPAGNE, *Publicité télévisée et droit de l’audiovisuel en France*, 1992, p. 307 e 309. O autor exemplifica os seguintes: excessiva duração dos spots publicitários, multiplicação de mensagens, interrupção frequente de obras audiovisuais e cinematográficas, publicidade enganosa, atentados ao respeito pela pessoa humana, publicidade em favor de produtos perigosos para a saúde, etc.

televisiva) contra a publicidade televisiva. E conclui não pela supressão ou abolição<sup>277</sup> da publicidade televisiva, mas por uma regulamentação rigorosa ao nível da programação e do conteúdo da mensagem publicitária.<sup>278</sup> Do mesmo modo, Guido Alpa afirma que eliminar a publicidade seria ilusório ou destinado ao fracasso, mas a sua limitação é exigida para evitar que haja distorção da escolha do consumidor e lesão dos “valores fundamentais dos quais depende a qualidade de vida”.<sup>279</sup>

### **1.8. As redes sociais no panorama dos meios de comunicação**

Neste ponto da nossa reflexão, depois de incidirmos sobre a responsabilidade dos *media* mais tradicionais na dupla perspetiva de comunicação *social* e *comercial*, importa estabelecer uma primeira ligação para o ambiente digital, concretamente as redes sociais em que os menores se movimentam. Para questionar em que medida algumas das obrigações impostas aos meios de comunicação social são extensíveis a novos meios e ambientes comunicacionais.

Em 2015, a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) adotou uma deliberação sobre os “novos *media*” (blogues, redes sociais, agregadores de conteúdos e Web TVs e rádios), a redefinição da noção de órgão de comunicação social e os desafios colocados à sua regulação. Nela o regulador destaca a

---

<sup>277</sup> Com referência a uma campanha abolicionista da publicidade nos canais públicos, em 1990, subscrita por parlamentares e personalidades francesas da área cultural.

<sup>278</sup> Sobre os desafios (tecnológicos e jurídicos) e normas da publicidade televisiva, Cf. ISABELLE BENOLIEL, *La publicité télévisée: nouveaux défis et normes nouvelles*, 1988.

<sup>279</sup> Tradução nossa. No original: “... e risultino lesivi dei valori fondamentali dai quali dipende la qualità della vita” - Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 97. Nesta medida a finalidade do controlo da publicidade reconduz-se à proteção da dignidade humana – Cf. FLÁVIO DA COSTA HIGA, *Publicidade infantil e a necessidade de regulamentação específica*, 2013, p. 604.

bidimensionalidade, fluidez e hibridização destes meios e a forma como “modificaram o modo como a informação e o entretenimento são criados”.<sup>280</sup>

A questão releva na nossa investigação na medida em que, entre os objetivos da regulação no setor da comunicação social, estão assegurar a proteção dos “públicos mais sensíveis, tais como menores, relativamente a conteúdos e serviços suscetíveis de prejudicar o respetivo desenvolvimento” e dos “destinatários dos serviços de conteúdos de comunicação social enquanto consumidores, no que diz respeito a comunicações de natureza ou finalidade comercial distribuídas através de comunicações eletrónicas”.<sup>281</sup> Tomando como referência uma anterior Recomendação do Conselho da Europa<sup>282</sup>, o regulador nacional considerou não serem determinantes para a definição como órgão de comunicação social nem o suporte de difusão, nem o formato dos conteúdos (vídeo, texto com vídeo, áudio, só texto, fotografia e texto, etc.) nem a estrutura que aloja o órgão de comunicação. Ao invés, são propostos um conjunto de critérios relevantes na qualificação como órgão de comunicação social, a saber o conteúdo, o controlo editorial (tratamento e organização do conteúdo), a intenção de atuar como *media*, o alcance e disseminação (comunicação para público em geral), o respeito por padrões/códigos profissionais, ser um serviço, a competência territorial (jurisdição portuguesa) e a continuidade/maturidade do projeto. Para a ERC, podendo os novos *media* que preencham estes critérios ser considerados como meios de comunicação social, subsistem ainda várias questões para perspetivar ao nível da intervenção regulatória, nomeadamente a classificação destes meios para efeitos do seu registo ou “reconhecimento público”, a aplicabilidade das normas aplicáveis à atividade da

---

<sup>280</sup> Cf. Deliberação 202/2015 (OUT) Novos *Media* – Sobre a redefinição da noção de órgão de comunicação social, de 12 de agosto de 2015, disponível na WWW:<<https://www.erc.pt/pt/deliberacoes>> (p.5) [Consult. 04.09.2020]

<sup>281</sup> Cf. artigo 7º da Lei n.º 53/2005, de 8 de novembro, que criou a Entidade Reguladora para a Comunicação Social, extinguindo a Alta Autoridade para a Comunicação Social.

<sup>282</sup> Cf. Recomendação do Conselho da Europa, de 21 de setembro de 2011 (*Recommendation CM/Rec (2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media*) disponível na WWW:<<https://www.osce.org/files/f/documents/1/f/101403.pdf>> [Consult. 04.09.2020].

comunicação social e o nível de regulação (mais clássica/tradicional, *light* ou gradativa).

Por sua vez, em 2018, a União Europeia, no âmbito da estratégia para o mercado único digital, aprovou a Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que atualiza a Diretiva relativa aos Serviços de Comunicação Social Audiovisual (Diretiva 2010/13/UE) para a adaptar à evolução das realidades do mercado. Entre outros objetivos, a nova Diretiva visa aplicar determinadas regras do setor audiovisual aos serviços de *plataformas de partilha de vídeos* e serviços de *redes sociais*, bem como a proteção de menores no âmbito de tais serviços. O legislador europeu partiu da constatação da convergência entre a televisão e os serviços de internet, num mercado marcado por novos tipos de serviços e experiências para os utilizadores, novos tipos de conteúdos e novos operadores (Considerando 1). Entre os utilizadores destes serviços, a preocupação centra-se no público mais jovem, que, a par da televisão, utiliza outros dispositivos para visualização e partilha de conteúdos audiovisuais.

Subjacente a esta convergência está o princípio, afirmado pela Comissão Europeia em comunicação relativa às plataformas em linha no âmbito do mercado único digital<sup>283</sup>, das condições equitativas para os serviços digitais comparáveis – ou, como mais expressivamente consta da versão em inglês da comunicação “*level playing field*” ou nivelação do terreno de jogo.<sup>284</sup> No fundo, garantir que os modelos de negócio novos, baseados em plataformas em linha, fiquem sujeitos às mesmas regras dos modelos de negócio tradicionais.

---

<sup>283</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 25/05/2016: As plataformas em linha e o mercado único digital: Oportunidades e desafios para a Europa (COM(2016) 288 final), disponível na WWW:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0288>> [Consult. 04.09.2020].

<sup>284</sup> Cf. JUAN MARÍA MARTÍNEZ OTERO, *Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: la Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital*, 2019, p. 545 e segs.



Esta convergência a nível de regulação justifica-se sempre que a finalidade principal destes novos serviços seja, como acontece nos serviços audiovisuais tradicionais, “a oferta de programas destinados a informar, distrair ou educar” (Considerado 3), também por uma questão de concorrência “em termos de audiências e de receitas” e pelo impacto na formação e influência da opinião pública (Considerando 4). Com efeito, quer as plataformas de partilha de vídeo, quer as redes sociais, são um meio de partilha de informações, entretenimento e educação e de fornecimento de conteúdos audiovisuais, e enquanto tal deverão ficar sujeitos aos mesmos instrumentos de proteção contra conteúdos nocivos.

A Comissão frisa que o objetivo da Diretiva não é o de regular os serviços de redes sociais, mas que estes deverão ser abrangidos sempre que o fornecimento de programas e de vídeos gerados pelos utilizadores constitua uma das suas funcionalidades essenciais, e não seja meramente acessório ou parte menor das atividades desse serviço de redes sociais (Considerando 5). Em Comunicação com orientações para a aplicação prática do critério de *funcionalidade essencial* da definição de serviço de plataforma de partilha de vídeos<sup>285</sup>, a Comissão Europeia reconhece que “é notório (...) que alguns serviços de redes sociais são abrangidos pelo âmbito de aplicação das novas regras referentes às plataformas de partilha de vídeos quando satisfazem determinados critérios”, e identifica alguns indicadores (não cumulativos) agrupados em quatro categorias: a relação entre os conteúdos audiovisuais e a(s) principal(ais) atividade(s) económica(s) do serviço; a relevância quantitativa e qualitativa dos conteúdos audiovisuais disponíveis no serviço; a monetização dos conteúdos audiovisuais ou a geração de receitas a partir dos mesmos; e a disponibilidade de ferramentas destinadas a melhorar a visibilidade ou

---

<sup>285</sup> Cf. Orientações sobre a aplicação prática do critério de funcionalidade essencial da definição de “serviço de plataforma de partilha de vídeos” ao abrigo da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual (2020/C 223/02), disponível na WWW:< [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020XC0707\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020XC0707(02))> [Consult. 30.12.2020].



o carácter atrativo dos conteúdos audiovisuais. Pela sua pertinência, aqui replicamos esses indicadores:

a) Quanto à *relação entre os conteúdos audiovisuais e a(s) principal(ais) atividade(s) económica(s) do serviço*, a Comissão considera que “se os conteúdos audiovisuais tiverem valor próprio na plataforma, os utilizadores podem consumir vídeos e programas como itens autónomos do serviço de plataforma, ou seja, independentemente de outra atividade económica subjacente”. Essa importância dos conteúdos audiovisuais na economia geral do serviço pode ser medida por indicadores tais como a arquitetura global e a configuração externa da plataforma, a natureza autónoma dos conteúdos audiovisuais, funcionalidades específicas do serviço adaptadas aos conteúdos audiovisuais ou específicas dos mesmos (como, por exemplo, reprodução automática de vídeos ou *live streaming*) e o modo como o serviço se posiciona no mercado e o segmento de mercado a que se destina.

b) Na segunda categoria, a da *relevância quantitativa e qualitativa dos conteúdos audiovisuais disponíveis no serviço*, os indicadores serão os da quantidade de conteúdos audiovisuais disponíveis na plataforma, a utilização desses conteúdos (incluindo o número de cliques, partilhas e gostos em relação aos vídeos) e o seu alcance, quanto ao número e vulnerabilidade dos utilizadores potencialmente expostos aos vídeos.

c) A *monetização dos conteúdos audiovisuais ou a geração de receitas a partir dos mesmos* permite aferir a relevância económica desses conteúdos e inclui receitas diretas e ganhos indiretos, tendo em conta a inclusão de comunicações comerciais nos conteúdos audiovisuais, o facto de a plataforma tornar o acesso aos conteúdos audiovisuais sujeito a pagamento (através, por exemplo, de subscrição ou pagamento por visualização), os acordos de patrocínio ou de colocação de produto entre marcas de produtos e serviços e os criadores dos conteúdos audiovisuais e o acompanhamento das atividades dos utilizadores na plataforma

para fins comerciais, como o operado por via da publicidade comportamental *online*, a que nos referiremos adiante.

d) Por último, a *disponibilidade de ferramentas destinadas a melhorar a visibilidade ou o carácter atrativo dos conteúdos audiovisuais* e que implica uma maior exposição dos utilizadores. Tal inclui ferramentas que incitam ao consumo de conteúdos audiovisuais (como o facto de serem mostrados sem pedido na cronologia da plataforma), concebidas para atrair os utilizadores e incentivar a sua interação (por exemplo, opções de partilha ou grupos de visualização) ou que permitam aos utilizadores personalizarem a sua própria oferta audiovisual. Relevantes ainda os sistemas de acompanhamento do desempenho e gestão dos conteúdos carregados na plataforma, que possibilitam aos criadores de conteúdos o conhecimento das preferências dos seus visualizadores para melhoria a atratividade futura desses mesmos conteúdos.

Em Portugal, a Diretiva foi transposta pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro. Na exposição de motivos da proposta de lei que lhe deu origem<sup>286</sup> destaca-se a proteção dos menores e dos consumidores como uma das prioridades, bem como o incremento das competências de literacia mediática. Prevê-se a sujeição das plataformas de partilha de vídeos à obrigação de proteção dos menores contra programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações comerciais audiovisuais suscetíveis de prejudicar o seu desenvolvimento físico, mental ou moral, e de proteção dos consumidores contra comunicações comerciais audiovisuais divulgadas por si ou os seus utilizadores e que não cumpram princípios e restrições legais à publicidade. Num Parecer sobre a iniciativa<sup>287</sup>, a ERC considera

---

<sup>286</sup> Cf. Proposta de Lei 44/XIV e demais trabalhos preparatórios, disponíveis na WWW:<<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45059>> [Consult. 10.01.2021].

<sup>287</sup> Cf. Deliberação ERC/2020/143 (Parecer Leg) - Pedido de parecer da Comissão de Cultura e Comunicação, sobre a proposta de lei n.º 44/XIV/1ª - Transpõe a Diretiva (UE) 2018/1808, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, respeitante à oferta de serviços de comunicação social audiovisual, disponível na WWW:<<https://www.erc.pt/pt/deliberacoes>> [Consult. 10.01.2021].

a transposição deficiente ao nível da legística e minimalista, enquanto refere a necessidade de uma reflexão mais global, com atualização do regime jurídico de outros meios, como a imprensa e rádio, e eventual codificação de uma parte geral aplicável a qualquer meio de comunicação social, incluindo muitas das temáticas ora equacionadas a propósito do setor da televisão, serviços audiovisuais a pedido e plataformas de partilha de vídeos. Tal permitiria, no parecer do Regulador e com o qual concordamos, evitar a dispersão legislativa e abordar novas soluções tecnológicas que possam surgir, bem como ultrapassar algumas insuficiências que advém da “tradicional extensão da aplicabilidade”<sup>288</sup> da lei da imprensa ou da televisão a conteúdos *online*.

## **2. INFORMAÇÃO E PUBLICIDADE**

### **2.1. Direito do consumidor à informação**

As normas jurídicas de proteção do consumidor têm em comum o estabelecimento de um dever de informação, numa rutura com o princípio vigente nas relações sociais em geral de irresponsabilidade pelas informações prestadas, e como uma das formas de “amortecer os efeitos dos métodos agressivos na comercialização”.<sup>289</sup>

Este direito, refletem Cosete Correia e Mário Beja Santos, “contempla diferentes dimensões e não é um direito que possa ser gerido independentemente

---

<sup>288</sup> Cf. Deliberação ERC/2020/143 (Parecer Leg), p. 65.

<sup>289</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 23 e 29.

dos outros”<sup>290</sup>, o que converte o direito à informação na pedra angular de todo o sistema de proteção dos consumidores, presente nos seus diferentes regimes jurídicos<sup>291</sup>, numa referência quase uniforme nas legislações mundiais de proteção do consumidor.

Em Portugal, a lei de defesa do consumidor inclui no elenco de direitos do consumidor o direito “à informação para o consumo” (artigo 3.º d) LDC), subdividido em direito à informação em geral e direito à informação em particular:

- O direito à informação *em geral* (artigo 7.º LDC) compete ao Estado, regiões autónomas e autarquias locais, a quem incumbe desenvolver e adotar medidas para informação do consumidor, através do apoio a associações de consumidores, constituição de serviços municipais de informação ao consumidor e conselhos municipais de consumo e criação de bases de dados e arquivos digitais para difusão desta informação. Incluído também neste nível geral encontramos a promoção dos direitos dos consumidores pelo serviço público de rádio e televisão, a utilização da língua portuguesa na informação ao consumidor e a regulação estadual da publicidade;
- O direito à informação *em particular* (artigo 8.º LDC) incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços que negoceia ou contrata com o consumidor, bem como ao produtor, fabricante, importador, distribuidor, embalador e armazenista. Nos termos da lei essa informação deve ser clara, objetiva e adequada (n.º 1) e a violação deste dever de informar implica responsabilidade civil do profissional (n.º 5) e direito de retratação do consumidor privado de utilizar adequadamente o bem ou serviço pela insuficiente ou desadequada informação que lhe foi fornecida (n.º 4).

---

<sup>290</sup> Cf. COSETE CORREIA e MÁRIO BEJA SANTOS, *A informação e a educação do consumidor*, 1997, p. 158.

<sup>291</sup> Cf. MARISA DINIS, *O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação*, 2014.

De todos os direitos do consumidor constitucional e legalmente consagrados, o direito à informação é provavelmente o mais transversalmente presente na legislação avulsa<sup>292</sup> de defesa do consumidor. Cronologicamente apontamos a principal legislação com o apontamento relativo à informação ao consumidor:

– No regime jurídico das *cláusulas contratuais gerais* (RCCG)<sup>293</sup>, a informação ao consumidor aderente a cláusulas contratuais predispostas por um profissional é determinante do ponto de vista da aceitação do consumidor e consequente inclusão das cláusulas (gerais) no contrato singular celebrado com aquele consumidor. Estatui a lei que as cláusulas devem ser comunicadas de forma integral e adequada e “com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efetivo por quem use de comum diligência” (artigo 5.º RCCG), sob pena de se considerarem excluídas do contrato (artigo 8.º RCCG). A mesma consequência existe quando as cláusulas sejam comunicadas com violação do dever de informação em prejuízo daquele conhecimento efetivo, ou seja, em desrespeito pelo dever do profissional de informar o consumidor dos aspetos compreendidos nas cláusulas “cuja aclaração se justifique” ou prestar-lhe “todos os esclarecimentos razoáveis solicitados” (artigo 6.º RCCG). Muito recentemente foi votado favoravelmente na Assembleia da República um projeto de lei que inclui no catálogo das cláusulas absolutamente proibidas as cláusulas contratuais gerais que “se encontrem redigidas com letra inferior a tamanho 11 ou a 2,5 milímetros e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15”, alteração motivada pela constatação de que a falta de informação

---

<sup>292</sup> Em 2006 foi apresentado um Anteprojeto do Código do Consumidor nacional, mas nunca avançou do debate público e não mais foi retomado o projeto de codificação, pelo que continua a ser um ramo de Direito disperso por legislação avulsa, maioritariamente resultante da transposição de diretivas da União Europeia.

<sup>293</sup> Decreto-Lei 446/85, de 25 de outubro, na sua versão atual.

e conhecimento sobre as condições contratualizadas origina muitos conflitos de consumo e que a “letra miudinha” é um dos fatores que contribui para essa falta de compreensão.<sup>294</sup>

– No regime jurídico da *venda de bens de consumo e das garantias* a ela relativas, ou lei das garantias (LG)<sup>295</sup>, presume-se que os bens não estão conformes com o contrato de compra e venda se, entre outras circunstâncias, não corresponder à informação prestada pelo vendedor na descrição ou amostra do bem ou na aceitação de algum uso específico que lhe tenha sido comunicado pelo consumidor, ou à informação constante da publicidade ou da rotulagem (artigo 2.º LG).<sup>296</sup>

– No diploma que estabelece as garantias de *segurança dos produtos* e serviços colocados no mercado (LSGP)<sup>297</sup>, a informação relativa ao produto e as categorias de consumidores potencialmente em risco (como as crianças e idosos) são critérios a considerar para determinar se um produto é seguro (artigo 3.º b) LSGP). Os produtores estão obrigados a fornecer as informações relevantes para avaliação e prevenção dos riscos, bem como a desencadear as ações adequadas em caso de produtos perigosos, como sejam o aviso aos consumidores, a retirada dos produtos do mercado ou a sua recolha junto dos consumidores a quem o produto foi já fornecido (artigo 6.º LSGP).<sup>298</sup>

---

<sup>294</sup> Cf. Exposição de Motivos e tramitação do Projeto de Lei 532/XIV/2 - Procede ao reforço da transparência e dos efeitos da proibição de cláusulas gerais nos contratos de adesão (4.ª alteração ao Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais), disponível na WWW:<<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=45308>> [Consult. 09.05.2021].

<sup>295</sup> Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, na sua versão atual.

<sup>296</sup> Cf. infra II 2.3., quanto à relevância jurídica da publicidade.

<sup>297</sup> Decreto-Lei n.º 69/2005, de 17 de março, que transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2001/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de dezembro, relativa à segurança geral dos produtos.

<sup>298</sup> A segurança dos produtos que impliquem riscos para crianças tem sido alvo de preocupação das autoridades competentes a nível nacional e europeu. A título de exemplo, refira-se a ação de fiscalização da rotulagem e da segurança de brinquedos realizada em novembro de 2020 pela Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE), na qual foram fiscalizados 200 operadores económicos, instaurados 25 processos de contraordenação e apreendidos 1120 brinquedos, por violação de requisitos de segurança e deficiente rotulagem, entre outros – Cf.

– No regime jurídico das *práticas comerciais desleais* das empresas nas relações com consumidores (LPCD)<sup>299</sup>, que adiante analisaremos de forma mais pormenorizada, a informação é critério de aferição da deslealdade da prática comercial quando seja enganosa, por ação devida a falsidade, indução em erro ou confusão com a concorrência (artigo 7.º LPCD) ou por omissão de requisitos substanciais de informação (artigo 9.º LPCD).<sup>300</sup>

– No regime jurídico dos contratos celebrados *à distância ou fora do estabelecimento comercial* (LCDFE)<sup>301</sup> está previsto um conjunto de informações pré-contratuais a serem prestadas ao consumidor (artigo 4.º LCDFE). Nos contratos à distância essas informações devem ser prestadas de forma clara e compreensível, por meio adequado e “com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, em especial dos menores” (artigo 5.º LCDFE) e entregues ao consumidor em suporte duradouro (artigo 6.º LCDFE). Nos contratos fora do estabelecimento comercial essas informações devem ser incluídas em contrato escrito, sob pena de nulidade (artigo 9.º LCDFE). Dependendo dos elementos em relação aos quais o profissional não cumpra o dever de informação, esse incumprimento acarreta distintas

---

comunicado de imprensa disponível na WWW:<<https://www.asae.gov.pt/espaco-publico/noticias/comunicados-de-imprensa/asae-realiza-operacao-seguranca-dos-brinquedos-.aspx>> [Consult. 03.05.2021]. Também a DGC tem inúmeras decisões em matéria de segurança dos produtos, a maioria destinados a crianças (cf. na WWW:<[https://www.consumidor.gov.pt/consumidor\\_4/seguranca/decisooes.aspx](https://www.consumidor.gov.pt/consumidor_4/seguranca/decisooes.aspx)>) e participado em campanhas específicas de segurança infantil, como sejam as relativas às pilhas botão (na WWW:<<https://buttonbatteryingestion.com/pt/>>) ou às cápsulas de detergente líquido (na WWW:<<https://www.keepcapsfromkids.eu/>>) [Consult. 03.05.2021]. Importa ainda referir as ações desencadeadas no âmbito do sistema de troca rápida de informação sobre produtos não-alimentares perigosos na UE (anterior sistema RAPEX, hoje “Safety Gate): de acordo com o relatório anual de 2020, na UE os brinquedos foram a categoria de produtos mais notificada (27% dos alertas de produtos perigosos) – Cf. relatórios disponíveis na WWW:< <https://ec.europa.eu/safety-gate/#/screen/pages/reports>> [Consult. 03.05.2021].

<sup>299</sup> Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março.

<sup>300</sup> Cf. LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, 2012; Cf. ELSA DIAS OLIVEIRA, *Práticas Comerciais Proibidas*, 2006. Cf. ELIONORA CARDOSO, *As práticas comerciais desleais: uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?*, 2014.

<sup>301</sup> Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, na sua versão atual. O mesmo diploma regula as vendas automáticas e as vendas especiais esporádicas.



consequências, tais como a desobrigação do consumidor de custos e encargos dos quais não tenha sido informado (artigos 4.º n.º 4, 13.º n.º 2 b) e 15.º n.º 5 a) LCDFE), o alargamento do prazo para o consumidor exercer o direito de livre resolução (artigo 10.º n.º 2 LCDFE) ou a não-responsabilização do consumidor pela depreciação do bem (artigo 14.º n.º 3 LCDFE).<sup>302</sup>

Não obstante este reconhecimento generalizado pelo legislador, o direito do consumidor à informação (e correspondente dever de quem tem obrigação legal de o cumprir)<sup>303</sup> não figura sempre com idêntica natureza, forma ou intensidade. Desde logo, o dever de informação tem graus, desde o simples esclarecimento até à advertência.<sup>304</sup> Como tal, os deveres de *assistência* (enquanto prestação de explicações quanto ao conteúdo do contrato) e de *aconselhamento* (exigível nos contratos de maior complexidade) integram-se no dever de informação.<sup>305</sup> Por outro lado, será necessariamente distinta a informação constante de um anúncio publicitário, um catálogo promocional, um formulário de informação pré-contratual ou um contrato formal de consumo. Em comum, o facto de que a informação ao consumidor é um meio de correção da assimetria informacional da relação jurídica de consumo e prevenção de conflitos dela emergentes, e nessa qualidade não basta a informação ser unilateralmente transmitida pelo profissional, exige-se que o seja em moldes que garantam a recetividade por parte do consumidor.

---

<sup>302</sup> Cf. FERNANDA NEVES REBELO, *O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância*, 2012.

<sup>303</sup> Udo Reifner aborda uma outra perspetiva da informação ao consumidor e considera que, mais do que das insuficiências no lado da oferta, a ignorância decorre da pouca procura de informação por parte dos consumidores. E questiona como transformar as evidentes necessidades de informação em procura dessa mesma informação – Cf. UDO REIFNER, *The future of consumer education and consumer information in a market economy*, 2000.

<sup>304</sup> Cf. ANTÓNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor : estudo comparativo com responsabilidade pré-contratual no direito comum*, 1995, p. 128.

<sup>305</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, 2012, p.350-351.

Netto Lôbo identifica os três requisitos que, interligados, permitem aferir do cumprimento deste dever de informação: *adequação* (do idioma, termos empregues compatíveis com o consumidor típico destinatário e meio de informação utilizado), *suficiência* (i.e, que a informação seja completa e integra) e *veracidade*. Em suma, o direito fundamental à informação visa a *cognoscibilidade* pelo consumidor, “não apenas o conhecimento (poder conhecer) mas a compreensão (poder compreender)”.<sup>306</sup>

Nesta construção doutrinal, atentemos na distinção de Ferreira de Almeida quanto às modalidades do direito à informação:<sup>307</sup> o direito à informação em geral, que o autor caracteriza como “vantagem difusa que para os consumidores resulta do exercício de funções informativas (e formativas) a cargo do Estado e de outras entidades públicas (LDC, artigo 7.º, n.ºs 2 e 3) [...] [que] não se configura certamente como direito subjetivo e é duvidoso que seja mais do que interesse juridicamente protegido”; outra modalidade de direito geral, cujo dever de informar recai sobre os fornecedores e outros intervenientes na atividade de produção e comercialização, inclui a publicidade (artigo 7.º n.º 4 LDC), as marcas de qualidade e quaisquer atividades subsumíveis no artigo 8.º n.º 2 LDC. Estes direitos de informação, em seu entender, “tenderão a ser [...] direitos colectivos e até, nalgumas situações específicas, direitos subjectivos em sentido próprio”; e o direito à informação referente a contratos de consumo, aqui se incluindo os deveres de informação pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Onde posicionar os deveres de informação a cargo dos meios de comunicação social, atentas as suas finalidades, a expressa incumbência da LDC

---

<sup>306</sup> Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p. 35-37 e 42. O autor salienta ainda que “conhecer e compreender não se confundem com aceitar e consentir (...). O consumidor em particular pode ter conhecido e não compreendido, ou ter conhecido e compreendido. Essa situação concreta é irrelevante. O que interessa é ter podido conhecer e podido compreender (...)”.

<sup>307</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 115 e segs.

(no caso do serviço público de rádio e televisão) e o seu papel veículo de informações determinantes para a escolha esclarecida do consumidor? Ainda que a referência aos *media* seja na LDC incluída no artigo 7.º (informação em geral), não nos parece que sempre se possa equiparar às meras funções informativas a cargo das entidades aí referidas. Assim será quando falamos de espaços informativos na programação dos diferentes *media*, mas já não quando a intervenção destes acontece enquanto suportes publicitários de mensagens de promoção tendentes à comercialização de dado bem ou serviço de consumo. Nesta aceção, a responsabilidade dos meios de comunicação social na informação do consumidor terá de ser forçosamente mais acentuada, quer por serem o “palco” do produto ou serviço face ao consumidor, quer pelo escopo lucrativo da sua relação com os anunciantes.

Emma Bonino, Comissária europeia responsável pela política de defesa dos consumidores entre 1995 e 1999, dirigindo-se aos participantes no Fórum Europeu sobre a Comunicação e a Informação ao Consumidor lamentou que as iniciativas de autoproteção dos consumidores através da melhoria da educação e da informação tivessem sido descuradas, e acentuou a informação dos consumidores como elemento essencial da sua proteção, por três razões: satisfação das suas necessidades a nível de qualidade/preço, saúde e segurança, eficácia das medidas legislativas, e conhecimento das condições do mercado por parte dos consumidores. Para além dos organismos públicos e organizações de consumidores, Bonino destaca o papel dos atores de mercado, aqui incluindo os fornecedores de bens e serviços e a “indústria da comunicação”, evidenciando assim os *media* como fontes ativas de informação aos consumidores.<sup>308</sup> Admite, todavia, que a informação transmitida por si é insuficiente se os consumidores não estiverem aptos a discernir a importância dessa mesma informação, saber onde a obter, e integrar a informação nas suas decisões. Postulado este que relaciona a informação com um outro direito

---

<sup>308</sup> Cf. EMMA BONINO, *Forum europeu sobre a comunicação e a informação ao consumidor*, 1996, p. 309-311.

do consumidor, dele indissociável, o da formação e educação para o consumo. No contexto do mercado interno europeu, importa “conferir aos consumidores as bases para que se mova em um mercado extenso, cômico dos seus direitos e interesses, ciente das potencialidades que se lhe oferecem nesse espaço”.<sup>309</sup> A União Europeia, na sua visão estratégica rumo a 2020, entendeu a educação dos consumidores como uma forma de capacitação e um processo de aprendizagem ao longo da vida, complementar às medidas que visam melhorar a sua informação.<sup>310</sup>

Também o Comité Económico e Social Europeu (CESE), em Parecer sobre a Educação dos Consumidores em 2003<sup>311</sup>, destaca “o importante valor acrescentado inerente ao conceito de ‘consumidor formado’ como pressuposto do ‘consumidor informado’”, dada a necessidade de incrementar o nível de confiança e participação dos consumidores europeus e a insuficiência da informação no incentivo a uma atitude crítica e responsável em matéria de consumo.<sup>312</sup> Os representantes da sociedade civil europeia ecoam assim a conexão entre estes dois direitos dos consumidores, salientando que a informação deve ser acompanhada de *conhecimentos, capacidades e recursos* que lhes permitam avaliar criticamente a informação recebida e utilizá-la na tomada de decisões.<sup>313</sup> Fazendo apelo da

---

<sup>309</sup> Cf. MÁRIO FROTA, *A União Europeia e a educação do consumidor*, 2003, p. 88.

<sup>310</sup> Meglena Kuneva, à época Comissária Europeia das Políticas do Consumidor, evidenciou que “More information and education will certainly empower citizens to become responsible consumers. (...) both the efficient functioning of Europe’s economic system and the well-being of society depend very much on consumer awareness and how consumers use their power of choice (...). I strongly believe it is our duty to help European consumers make the choices which will improve their social and financial situation, their health, and our global environment. Education is supposed to foster independent critical thinking. Consumer education encourages us to reflect upon the choices we make and how these choices affect ourselves, other people and the environment. Of course, key efforts in education have to be made by Member States” – Cf. MEGLENA KUNEVA, *Discurso na conferência “Que informação para o consumidor?”*, 2008, p. 124.

<sup>311</sup> Cf. Parecer do CESE INT/155, disponível na WWW:<<http://www.eesc.europa.eu>> [Consult. 04.03.2019].

<sup>312</sup> Cf. Parecer do CESE INT/155 (2.1). O CESE apresenta os conteúdos essenciais para esta capacitação dos consumidores (em ordem à compreensão adequada dos bens e serviços, da comunicação comercial, das cláusulas dos contratos, dos direitos do consumidor e vias de reclamação), que deve ser concretizada de forma diferenciada consoante as idades e níveis educativos dos consumidores, bem como de molde a integrar os setores de consumidores mais vulneráveis - Cf. Parecer do CESE INT/155 (3).

<sup>313</sup> Cf. Parecer do CESE INT/155 (2.3).

terminologia do Tribunal de Justiça da União Europeia, conclui o CESE que: “A informação não é mais que a "matéria-prima" da comunicação. O acesso à mesma pressupõe um "conhecimento latente", mas não garante, por si só, a existência de um consumidor "normalmente informado", de acordo com os critérios adoptados pela própria União Europeia. A informação só aproveita verdadeiramente ao cidadão se este, pela sua educação, é capaz de a compreender e está motivado para a utilizar nas suas decisões de forma "razoavelmente atenta e perspicaz".<sup>314</sup>

A lei de defesa do consumidor nacional consagra, no artigo 8.º LDC, o direito do consumidor à formação e educação como uma incumbência do Estado, regiões autónomas e autarquias locais, a concretizar através de programas e atividades escolares, apoio a iniciativas formativas de associações de consumidores, ações de educação permanente dos consumidores e formação de técnicos especializados na área do consumo, com recurso a meios tecnológicos e redes de informação. Também aqui o legislador insta à integração de espaços próprios para o consumidor nos programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão. E, mais genericamente, entre as finalidades legalmente estatuídas para a atividade dos meios de comunicação social incluem-se a contribuição para a informação e formação do público e a promoção da cidadania e do pluralismo.

A educação para o consumo é o “alfa e ómega” da informação dos consumidores. Seja pela posição destas letras no alfabeto grego, seja pela referência bíblica que as perpetuou, é nossa intenção evidenciar a educação dos consumidores como simultaneamente *input* e *output* da sua cabal informação. Frequentemente confundidos, os dois direitos estão numa relação de reciprocidade, pois se por um lado, a “educação do consumidor significa, em outras palavras, acesso à

---

<sup>314</sup> Cf. Parecer do CESE INT/155 (2.4).

informação”<sup>315</sup>, por outro lado “a informação que habilita tanto o jovem, como o consumidor adulto, no dia a dia, terá de ter um carácter eminentemente formativo”.<sup>316</sup> Não obstante esta inter-relação, a educação dos consumidores não deve substituir uma informação ajustada casuisticamente.<sup>317</sup> A formação para o consumo é determinante para minorar a vulnerabilidade do consumidor, através de projetos educativos sólidos que, a par do sistema legal, preparem o consumidor para as estratégias consumistas.<sup>318</sup> Em particular perante a publicidade, que “*a se dissociada de uma autêntica, genuína e integrada educação para o consumo, brevitatis causa, não é um bem. É um mal*”.<sup>319</sup> E os meios de comunicação são decisivos neste processo, como agentes de divulgação e educação.<sup>320</sup>

Entre as componentes da educação para o consumo em sentido amplo<sup>321</sup>, autonomizamos a educação *para a própria informação*, “de molde a habilitar-se o consumidor para a comunicação, seja qual for a forma que assuma”<sup>322</sup>, incluindo a educação para os meios de comunicação social. E aqui sublinhamos a educação para a publicidade, que habilita o consumidor a “distinguir a informação sobre os produtos dos níveis mais retóricos da mensagem publicitária e promocional”<sup>323</sup>, em particular quando a comunicação comercial surge integrada noutros conteúdos

---

<sup>315</sup> Cf. FRANCISCO JOSÉ SOLLER DE MATOS, *Reflexões sobre a educação ambiental e consumo*, 2005, p. 239.

<sup>316</sup> Cf. ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO PORTUGAL FROTA, *A educação e a formação como via para a afirmação da cidadania*, 2002, p. 17. No mesmo sentido, Cf. COSETE CORREIA e MÁRIO BEJA SANTOS, *A informação e a educação do consumidor*, 1997, p. 157-158.

<sup>317</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Que informação para os consumidores?*, 2008, p. 138.

<sup>318</sup> Cf. MÁRCIA AMARAL CORRÊA DE MORAES, *O Impacto da Mídia Publicitária e Relacional na Formação de Consumidores Jovens e Adultos*, 2012, p. 111.

<sup>319</sup> Cf. MÁRIO FROTA, *A Publicidade Infanto-Juvenil - Perversões e Perspectivas*, 2007, título II, capítulo II, 2.

<sup>320</sup> Cf. FRANCISCO JOSÉ SOLLER DE MATOS, *Reflexões sobre a educação ambiental e consumo*, 2005, p. 241.

<sup>321</sup> Cf. o Referencial de Educação do Consumidor para a educação pré-escolar, ensino básico e ensino secundário, disponível na WWW:< <https://www.dge.mec.pt/referencial-para-educacao-do-consumidor>> [Consult. 10.04.2021].

<sup>322</sup> Cf. ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO PORTUGAL FROTA, *A educação e a formação como via para a afirmação da cidadania*, 2002, p. 16.

<sup>323</sup> Cf. Parecer do CESE INT/155 (3.1). O CESE destaca a criação de eventos (*newsmaking*), patrocínios (*parrainage, sponsoring*), colocação de produtos (*product placement*), publicidade encoberta ou clandestina, etc. Cf ainda Cf. ISABELLA HENRIQUES, *A violência no âmbito da publicidade voltada ao público infantil*, 2014, p. 179.



informativos ou de entretenimento. Este modo particular de contribuir para a formação do cidadão designa-se por literacia ou educação para os *media*, ou *literacia mediática*, que pode ser definida como “a aquisição de conhecimentos e competências para aceder, analisar criticamente os diferentes *media* e comunicar de forma pertinente e criativa, tirando partido deles. De forma mais simples, envolve ler os *media* e o modo como eles operam (e são operados) na sociedade e, por outro lado, usar os *media*, comunicando através deles”<sup>324</sup> e engloba todos os *media*, incluindo imprensa, rádio, televisão, cinema, *internet*, bem como as tecnologias de comunicação digital emergentes.

Entre nós, o legislador atribui especificamente aos *operadores concessionários de serviço público* a incumbência de “participar em atividades de educação para os meios de comunicação social, garantindo, nomeadamente, a transmissão de programas orientados para esse objetivo” (artigo 49.º n.º 2 f) LR e artigo 51 n.º 2 f) LT). Participação de resto sustentada pelo Conselho Nacional de Educação, na sua recomendação sobre a promoção da educação para a literacia mediática, entre outros meios pela formação dos agentes educativos, parcerias com os próprios *media* e apoio a iniciativas e investigação nesta matéria, e fomento da aprendizagem curricular e extracurricular de educação para a literacia mediática, bem como da formação prioritária de grupos-alvo como os idosos, pessoas com deficiência, pais, minorias e grupos desfavorecidos. No seu parecer, conclui este Conselho que “a literacia mediática é uma questão de inclusão e de cidadania na sociedade da informação de hoje [...] evitando ou diminuindo os riscos de exclusão da vida comunitária”.<sup>325</sup>

---

<sup>324</sup> Cf. definição do Observatório sobre Média, Informação e Literacia (MILObs), disponível na WWW:< <http://milobs.pt/literacia-mediatica/conceitos-e-metodologias/>> [Consult. 02.05.2021].

<sup>325</sup> Cf. Recomendação n.º 6/2011, publicada no Diário da República no dia 30 de dezembro de 2011.



Estabelecendo a ponte para a tutela do consumidor menor, esta educação para a cidadania envolve necessariamente formar as crianças como *futuros consumidores*. Marta Morillas Fernández refere a literacia mediática e a capacitação das crianças quanto aos mecanismos e efeitos da publicidade como parte da solução para os efeitos nocivos da publicidade dirigida aos menores, ainda que reconhecendo que tal não resolve de imediato o problema do excesso e repetição de anúncios publicitários, e pode não estar ao alcance de todos os menores, sobretudo os de contextos socioeconómicos mais desfavorecidos.<sup>326</sup> E no sensível domínio da literacia digital, a literacia digital visa dotar as crianças e jovens das ferramentas necessárias para uma utilização responsável da *internet*.<sup>327</sup> A necessária complementaridade entre os aspetos legislativos e a educação e formação das crianças e jovens reflete-se no binómio educação/publicidade a que alude Nunes Azevedo:

“Ensinar os mais jovens a desenvolver um sentido crítico em relação a esses estímulos é, a nosso ver, uma missão essencial quer para o seu equilíbrio futuro quer para consolidar o colectivo de consumidores como uma ‘mole humana pensante’”.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Publicidad Infanto-Juvenil en España*, 2014, p. 64-65. Cf. ISABEL FARINHA, *A Escola como canal de mídia e de consumo*, 2014, p. 190.

<sup>327</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet*, 2014, p. 168. Cf. ainda a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de dezembro de 2008, sobre literacia mediática no mundo digital (2008/2129(INI)), a Comunicação da Comissão Europeia sobre uma abordagem europeia da literacia mediática no ambiente digital (COM (2007) 833 final) e o Parecer do CESE sobre a Utilização responsável das redes sociais e prevenção dos problemas que lhes estão associados (TEN/483).

<sup>328</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 79-80.

## **2.2. A publicidade como dimensão desse direito**

“Entre todos os fenómenos do mundo do consumo, a publicidade pode, efetivamente, ser tomada como um verdadeiro emblema das sociedades modernas”, afirma Guido Alpa. Objeto de estudo de várias ciências humanas (*marketing*, sociologia, psicologia, economia, linguística, etc.), “o binómio publicidade-sociedade do consumo parece indissolúvel”.<sup>329</sup>

No tratamento da questão da proteção dos consumidores enquanto destinatários da publicidade impõe-se questionar se poderemos falar de uma informação publicitária, ou, dito de outro modo, se a publicidade tem ou não uma dimensão informativa. Serão então a publicidade e a informação inconciliáveis ou forçosamente convergentes?

A doutrina considera que publicidade e informação não se confundem na sua finalidade, mas na prática a difusão das características do produto atrai o interesse do público para esse mesmo produto.<sup>330</sup> A informação é objetiva e difusora, enquanto a publicidade é subjetiva e eminentemente comercial, mas as duas figuras estão interrelacionadas<sup>331</sup> já que, apesar desta diferença qualitativa, publicidade e informação convergem no dever de informar de forma adequada e verdadeira.<sup>332</sup> O conteúdo da publicidade é informação, mas apenas informação

---

<sup>329</sup> Traduções nossas. No original: “Tra tutti i fenomeni del mondo dei consumi, la pubblicità può infatti essere assunta a vero e proprio emblema delle società moderne” e “Il binomio pubblicità-società dei consumi sembra quindi indissolubile” - Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 95.

<sup>330</sup> Cf. CLÁUDIA MADALENO, *Informação e Publicidade. Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros*, 2012, p. 67.

<sup>331</sup> Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, 2003, I-5.

<sup>332</sup> Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p.38.

conexa com a atividade económica<sup>333</sup> e com um objetivo comercial, de incentivo à aquisição de bens e serviços<sup>334</sup>.<sup>335</sup>

Se é através da publicidade que o consumidor conhece as características dos bens e serviços e forma a sua decisão negocial, também é real que a publicidade é naturalmente sugestiva e tendenciosa<sup>336</sup>, visa despertar desejos e convencer a comprar. Mas estas vertentes são indissociáveis, visto que, dada a imposição legal da veracidade na publicidade, a persuasão só é eficaz quando “procura simultaneamente satisfazer os interesses dos destinatários e respeitar a verdade”.<sup>337</sup>

No plano constitucional, Vieira de Andrade refere a regulação legal da publicidade como uma *garantia* dos direitos fundamentais dos consumidores<sup>338</sup>, já que a informação relativa aos bens e serviços de consumo é determinante para uma escolha esclarecida.<sup>339</sup> Terá sido esse o posicionamento do legislador português, na

---

<sup>333</sup> Cf. artigo 3.º n.º 3 (que exclui do âmbito do regime jurídico da publicidade a propaganda política) e artigo 7.º n.º 1 h) (que proíbe publicidade que tenha como objeto ideias de conteúdo sindical, político ou religioso) do Código da Publicidade.

<sup>334</sup> Cf. artigo 3.º n.º 1 a) do Código da Publicidade. Não nos referimos aqui à publicidade constante na alínea b) deste normativo, aquela que visa promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.

<sup>335</sup> A propósito da repressão penal dos desvios do marketing e com referência ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro, António Herman Benjamin considera o marketing “qualquer modalidade de informação ou oferta associada à circulação de bens de consumo”, e distingue entre o marketing não-publicitário (oferta *stricto sensu*) e o marketing publicitário, para concluir que do ponto de vista do consumidor, ambos respeitam à informação do consumidor, apresentam idêntico risco de desvios informativos e, como tal, a necessidade de controlo é similar. O autor explicita que “em verdade, o marketing é o fenómeno e o veículo; a informação, o conteúdo. Mas na medida em que é o conteúdo que define – maculando, inclusive – o fenómeno, podemos dizer que, para fins jurídicos, as noções de marketing e informação se equivalem”. Para clarificar a separação entre informação publicitária e informação não-publicitária, o autor arrola três critérios: proximidade do ato de fornecimento (a informação normalmente acompanha o fornecimento do produto ou serviço, a publicidade é naturalmente mais distante e separada fisicamente), criação profissional da informação (por profissional ou agência, na publicidade) e a veiculação pelos *media* (que caracteriza igualmente a publicidade) - Cf. ANTÓNIO HERMAN V. BENJAMIN, *A repressão penal aos desvios do marketing*, 1994, p. 88 e segs.

<sup>336</sup> Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, 2003, I-5.

<sup>337</sup> Cf. RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade anotado*, 2005a, p. 151.

<sup>338</sup> A par dos direitos das associações de consumidores. A CRP estabelece-as no artigo 60.º n.º 2 (“A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa”) e n.º 3 (“As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos”).

<sup>339</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2003, p. 156-157.

lei de defesa do consumidor, ao incluir no normativo relativo ao direito à informação em geral, a obrigatoriedade da informação ser prestada em língua portuguesa e os quatro princípios pelos quais se deve reger a publicidade (artigo 7.º n.º 3 e 4 LDC). E também o Código da Publicidade assume no seu preâmbulo a *responsabilidade* da publicidade na proteção dos cidadãos consumidores. No âmbito da defesa do consumidor, o que importa é a função informativa da publicidade e não a sua função de estímulo do consumo e incentivo da dinâmica de mercado.<sup>340</sup>

Há alguma concordância na doutrina em reconhecer à publicidade esta *dupla função*, informativa e persuasiva:<sup>341</sup>

- Por um lado, “os bens são ‘pré-comprados’ através da publicidade”<sup>342</sup>, é através da publicidade que, em regra, se opera o primeiro contacto dos consumidores com os bens e serviços que pretendem adquirir, e, nessa medida, a publicidade tem uma função *informativa*, definida pela positiva (comunicação ao consumidor de elementos relevantes para as suas decisões de compra) e pela negativa (direito do consumidor a não ser enganado).<sup>343</sup>
- Por outro lado, a publicidade tem uma função *persuasiva*, de promoção do consumo, em que “não ‘vende’ produtos ou serviços, mas, sim, atitudes, desejos e sonhos”<sup>344</sup>. Nas aquisições de consumo, “o consumidor precisa de

---

<sup>340</sup> Cf. DIOVANA BARBIERI, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais dos Consumidores na Ordem Jurídica Portuguesa: pode-se/deve-se pensar em eficácia horizontal directa?*, 2007, p. 308-309.

<sup>341</sup> *Inter alia*, Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, 2009, p. 188; Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, 2007, p. 679-680; Cf. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade (Apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000)*, 1999p. 24-28; Cf. FÁBIO JUN CAPUCHO, *Publicidade infantil : necessidade de regulamentação específica?*, 2013, p. 631; Cf. FLÁVIO DA COSTA HIGA, *Publicidade infantil e a necessidade de regulamentação específica*, 2013, p. 602.

<sup>342</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 141, que referencia, a propósito, outro autor, LEHMANN.

<sup>343</sup> Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, 2004, p. 697.

<sup>344</sup> Cf. FLÁVIO DA COSTA HIGA, *Publicidade infantil e a necessidade de regulamentação específica*, 2013, p. 602.

se convencer a si mesmo de que está fazendo a escolha certa”<sup>345</sup> e essas decisões têm muito de psicológico e emocional, assentes em necessidades induzidas frequentemente pela própria publicidade<sup>346</sup>. A publicidade atrai os consumidores, pela capacidade de diferenciação entre produtos e serviços, que assenta, mais do que em referências às suas características, na “ilusão da diferença”, daí “a publicidade brincar e divertir mais do que informar”.<sup>347</sup> A publicidade tem, assim, uma forte componente sensorial, concretizada por técnicas de *marketing* em crescente grau de sofisticação.<sup>348</sup>

Em sentido divergente, Guido Alpa é assaz crítico da visão da comunicação comercial como fonte relevante de informação aos consumidores sobre os produtos e serviços de consumo. Para o autor, basta atentar nas fórmulas, expressões e fraseologia utilizadas na comunicação comercial para perceber que as mensagens publicitárias são construídas primordialmente para chamar a atenção e enfatizar o produto ou serviço, e não para descrever as suas qualidades e formas de utilização, por exemplo. A função atual da publicidade é estimular o público e coordenar a atividade da empresa com a sua concorrência, daí a conclusão do autor de que: “não é de modo algum possível considerar - na maioria dos casos - a mensagem publicitária como veículo de informação. Efetivamente, a função atual de

---

<sup>345</sup> Cf. UBIRATAN MATTOS, *O controle da publicidade no código de defesa do consumidor*, 1990, p. 58.

<sup>346</sup> Cf. PAULO LUIZ NETTO LÔBO, *A informação como direito fundamental do consumidor*, 2001, p. 25; Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 118-119; Cf. COSETE CORREIA e MÁRIO BEJA SANTOS, *A informação e a educação do consumidor*, 1997, p. 161 entendem que “não é a publicidade que gera as necessidades, mas sim a atmosfera social”; Cf. ANA MIRANDA, *A espantosa realidade das coisas e a minha descoberta de todos os dias*, 1997, p. 12-13 explicita que o marketing transfere as decisões sobre as necessidades das pessoas para as empresas, atuando ao nível de objetos e signos de bem-estar.

<sup>347</sup> Cf. JOSÉ MACÁRIO CORREIA, *Um novo desafio: a defesa dos consumidores*, 1990, p. 145.

<sup>348</sup> Muitas técnicas de apelo sensorial já são comumente utilizadas nas superfícies comerciais, como sejam as cores, os cheiros e a localização dos produtos. Cabe aqui uma referência ao *Neuromarketing*, que a partir de conhecimentos da neurologia e neurofisiologia e técnicas médicas (como a tomografia computadorizada e a ressonância magnética) pode “elaborar um mapa da mente humana que permita identificar quais as áreas que reagem (e como) aos estímulos publicitários” – Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 81.

publicidade já não é informar o público, mas *orientar o consumo*, estimular as necessidades, promover a absorção da procura”.<sup>349</sup>

A doutrina refere-se a esta dicotomia entre informação e persuasão de forma assaz expressiva. “A lógica do Pai Natal”, em que “sem se crer no produto, crê-se na publicidade que quer fazer-nos crer”, diz Beja Santos<sup>350</sup>. “Talvez uma dentre as maiores ilusões dos nossos tempos”, sentenciam Luiz del Rio Horn e Selmar Maia ao referir-se ao “atrelamento entre a publicidade a algo bom, positivo e divertido, típico de uma criação artificial que prestigia uma realização aparente, revestido de um irreal critério subjectivo de escolha pelo consumidor”.<sup>351</sup>

Já o preâmbulo do CPub acolheu a dupla função, ao atribuir à publicidade o papel de fomento da concorrência e motor do mercado, atividade benéfica para empresas e clientes e para o desenvolvimento do país como um todo. Mas simultaneamente a responsabilidade na proteção das legítimas expectativas dos consumidores.

Esta problemática conduz-nos a uma reflexão da publicidade como fenómeno *cultural*<sup>352</sup> e de formação da opinião pública<sup>353</sup>. Gómez García e Muñoz Cortina descrevem-na como “um dos elementos determinantes da construção da

---

<sup>349</sup> Tradução nossa. No original: “In altri termini, non è in alcun modo possibile considerare - nella maggior parte delle ipotesi - veicolo di informazione il messaggio pubblicitario. La funzione attuale della -pubblicità infatti non è più quella di informare il pubblico, bensì quella di orientare i consumi, stimolare i bisogni, promuovere l'assorbimento della domanda” - Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 96. O autor ressalva os produtos e serviços em que a mensagem publicitária não pode deixar de ser informativa, como a relativa aos produtos financeiros (p. 108).

<sup>350</sup> Cf. BEJA SANTOS, *O livro dos consumidores*, 1994, p. 23.

<sup>351</sup> Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 119.

<sup>352</sup> O mestre Jean Baudrillard ensina que “a função de comunicação de massas da publicidade não lhe advém dos conteúdos, dos modos de difusão e dos seus objectivos manifestos (económicos e psicológicos); não deriva nem do seu volume nem do seu público real (embora tudo isto tenha importância e sirva de suporte), mas decorre da própria lógica do meio autonomizado, quer dizer, não orienta para objectos reais, para o mundo concreto, para outro ponto de referência, mas de *signo para signo*, de *objecto para objecto*, de *consumidor para consumidor*” - Cf. JEAN BAUDRILLARD, *A Sociedade de Consumo*, 2005, p. 131.

<sup>353</sup> Cf. JOSÉ MACÁRIO CORREIA, *Um novo desafio: a defesa dos consumidores*, 1990, p. 134 e 136.



personalidade do indivíduo e da cultura no mundo capitalista”<sup>354</sup>. Esta vertente de simbologia cultural e criação de mercados de consumo está igualmente patente nas palavras de Tamara Gonçalves:

“A publicidade, atualmente, estimula não apenas o interesse dos consumidores sobre determinados bens, como também induz ao seu consumo. Para tanto, além de produtos, a publicidade difunde valores, modos de vida, padrões de beleza e de comportamento [...] Para ser bem sucedida, a mensagem deve dialogar ou reflectir, em alguma medida, valores e sentimentos dos indivíduos de determinada sociedade. [...] Ao mesmo tempo em que reflecte valores, os forja; ao mesmo tempo em que sinaliza o que seria um comportamento adequado, normal ou desejável, o estimula”.<sup>355</sup>

Dizia Baudrillard que publicidade tem como função “o estabelecimento de um *tecido social* ideologicamente unificado”.<sup>356</sup> E dada a sua abrangência a atuais e potenciais consumidores, assevera Flávio Higa, “é fundamental que se promova o controle da atividade publicitária, de molde a limitar a modificação dos padrões culturais, já que subjaz, como consenso, que o domínio de tais padrões acaba por ditar e controlar a própria sociedade”.<sup>357</sup> Questão que merece especial ponderação no caso dos consumidores menores, como *infra* veremos.

Qualquer proposta de regulação da publicidade esbarra inevitavelmente nos argumentos de quantos a consideram uma exteriorização de direitos e liberdades constitucionalmente consagrados na generalidade das sociedades democráticas, como sejam a liberdade de expressão e informação (artigo 37.º CRP) e o direito

---

<sup>354</sup> Tradução nossa. No original: “la publicidad es uno de los elementos determinantes en la construcción de la personalidad del individuo y de la cultura en el mundo capitalista” - Cf. CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA e SILVIA HELENA MUÑOZ CORTINA, *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, 2008, p. 262.

<sup>355</sup> Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 126.

<sup>356</sup> Cf. JEAN BAUDRILLARD, *A Sociedade de Consumo*, 2005, p. 175.

<sup>357</sup> Cf. FLÁVIO DA COSTA HIGA, *Publicidade infantil e a necessidade de regulamentação específica*, 2013, p. 603.



económico à iniciativa privada (artigo 61.º n.º 1 CRP). Assim pode de facto ser entendida, mas importa que essa “capa” de direito fundamental não se converta em “escudo” atrás do qual se colocam alguns anunciantes e profissionais menos escrupulosos que assim justificam as suas atuações.

A liberdade à publicidade, enquanto expressão daquelas liberdades<sup>358</sup>, só poderá ser restringida nos termos do artigo 18.º da CRP, i.e., “devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. A justificação constitucional encontra-se precisamente na tutela do consumidor, atenta a sua vulnerabilidade. Daí o mister legislativo de regular a publicidade e assegurar “que não se transforma num meio de ludibriar os consumidores”<sup>359</sup>.

Ademais, o artigo 61.º n.º 1 da CRP determina que “a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral”. Para Gomes Canotilho e Vital Moreira este condicionamento da liberdade de iniciativa económica privada ao *interesse geral* “sublinha a sua ‘funcionalização’ constitucional” e a sua “densificação” resultará da própria lei fundamental. Os autores frisam ainda que este compromisso com o interesse geral, se não estabelece diretamente obrigações das empresas com a coletividade, no mínimo legitima a noção de responsabilidade social das empresas.<sup>360</sup> Este “delicado equilíbrio” imanente da Constituição da República Portuguesa terá, pois, de ser operacionalizado pelo princípio da ponderação de interesses. Não se trata de censurar ou fiscalizar previamente a mensagem publicitária, mas sim de acautelar o núcleo essencial de outros direitos e liberdades fundamentais, do indivíduo e da comunidade. E “a saúde pública, e a dos

---

<sup>358</sup> Cf. EMMANUEL DERIEUX, *Droit européen et international des médias*, 2003, p. 207-218.

<sup>359</sup> Cf. CLÁUDIA MADALENO, *Informação e Publicidade. Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros*, 2012, p. 64.

<sup>360</sup> Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, 2007, p. 791-792.

indivíduos, são exemplos desses valores fundamentais, e resultam, em grande medida, duma correcta (in)formação dos consumidores”.<sup>361</sup>

Impõe-se diferenciar *regulação* da publicidade de *censura*<sup>362</sup>. Primeiro porque a censura implica um impedimento ou limitação ao exercício do direito de exprimir e livremente divulgar um pensamento ou informação (artigo 37.º n.º 2 CRP) e, não obstante a sua dimensão criativa ou artística, a publicidade “não se reveste da natureza de discurso de opinião, que é o objeto típico da garantia da liberdade de expressão”<sup>363</sup>, frequentemente não tem qualquer conteúdo informativo e é um momento da atividade económica produtiva da empresa, como tal enquadrável no âmbito da iniciativa económica privada e sujeita a controlo.<sup>364</sup> Segundo, porque a censura é normalmente associada a um controlo prévio, enquanto a regulação da publicidade opera após a transmissão das mensagens publicitárias (nos suportes para tal contratualizados), por forma a responsabilizar os sujeitos da atividade publicitária pela difusão de mensagens publicitárias ilícitas. Por último, ainda que se entendesse a publicidade como manifestação da liberdade de expressão, sempre estaria sujeita à necessária concordância com outros direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como os dos consumidores e dos menores.

Gómez Garcia e Muñoz Cortina relacionam o direito do consumidor com o direito publicitário, que marca os limites dentro dos quais se deve exercer a profissão publicitária. Entre os dois direitos, um ponto de conexão que é a pessoa do consumidor, “de um lado o objeto da proteção e do outro um limite à atuação”.<sup>365</sup>

---

<sup>361</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 58.

<sup>362</sup> Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 133-134.

<sup>363</sup> Cf. FÁBIO JUN CAPUCHO, *Publicidade infantil : necessidade de regulamentação específica?*, 2013, p. 633.

<sup>364</sup> Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 104.

<sup>365</sup> Cf. CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA e SILVIA HELENA MUÑOZ CORTINA, *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, 2008, p. 265

Os professores colombianos, apesar de diferenciarem a publicidade da liberdade de imprensa (na medida em que a primeira reflete sempre uma “posição parcializada”), acolhem a liberdade de expressão comercial como um direito fundamental do anunciante, mas que tem de ceder para salvaguarda de outros direitos constitucionais.<sup>366</sup> A atividade e a mensagem publicitária têm de ser escrutinadas na dupla ótica da prevenção da sã concorrência no mercado e da defesa dos interesses dos consumidores.<sup>367</sup>

Iain Ramsay critica o desenvolvimento da doutrina da liberdade de expressão comercial como fundamento de oposição a uma regulação governamental da publicidade e do *marketing*, pelo facto de um discurso comercial “desregulado” não conduzir necessariamente a um fluxo livre de informação. As discussões quanto ao alcance deste discurso comercial são, para o investigador, “batalhas culturais”, e exemplifica com as controvérsias sobre a publicidade direcionada para crianças ou o consumismo familiar como espelho de preocupações mais generalizadas quanto à “mercantilização da vida social”.<sup>368</sup> A propósito precisamente da publicidade infantojuvenil, Luiz Del Rio Horn e Selmar Maia referem a necessária conciliação entre estas duas dimensões com proteção constitucional (de um lado a publicidade, do outro a criança e o adolescente), mas “nas hipóteses de inevitáveis choques, impreterível fazer reconhecer e prevalecer o bem maior: nossas gerações

---

<sup>366</sup> Cf. CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA e SILVIA HELENA MUÑOZ CORTINA, *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, 2008, p. 270-273. Sobre a dicotomia entre comunicação comercial/ não-comercial na publicidade a produtos e atividades de entretenimento (filmes, jogos, música, etc.), Cf. RONALD D. ROTUNDA, *Current proposals for media accountability in light of the first amendment*, 2004.

<sup>367</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 74.

<sup>368</sup> Cf. IAIN RAMSAY, *Consumer protection in the era of informational capitalism*, 2000, p. 62-65. David Harland evidencia que estas diferenças culturais, quer internamente quer a nível de cooperação internacional) são bem mais patentes em matérias como a regulação da publicidade e a responsabilidade dos prestadores de serviços em rede do que noutras, como a pornografia infantil, em que o consenso é facilitado - Cf. DAVID HARLAND, *The consumer in the globalized information society - the impact of the international organizations*, 2000, p. 13-14. Cunha Rodrigues refere também adoção ou não de Códigos de Conduta para a publicidade dirigida a jovens consumidores como uma matéria de “clivagem entre os Estados” - Cf. CUNHA RODRIGUES, *As novas fronteiras dos problemas de consumo*, 1999, p. 54.

futuras, em soluções regidas por valores éticos e condizentes com os fundamentos, missões e princípios constitucionais mais caros”.<sup>369</sup> Numa abordagem mais economicista, E. Balate apelida a publicidade de um dos mais paradoxais tópicos de preocupação entre as políticas da concorrência e dos consumidores, e apresenta os argumentos que evidenciam as inconsistências da teoria do mercado (apoiada na ideia do consumidor racional e informado) e a necessidade de uma abordagem mais regulatória. Para o autor, tal resulta do facto de a publicidade distorcer a informação completa que os consumidores precisam, e também dos efeitos emocionais e culturais visados pelos métodos publicitários. A ideia de um consumidor informado, sobretudo nos grupos mais vulneráveis permanece “puramente ilusória” e mesmo um consumidor informado pode ser influenciado pelas circunstâncias e práticas comerciais.<sup>370</sup>

As evidências apresentadas para a necessidade de regulação da publicidade para salvaguarda do consumidor não significam, todavia, que deva ser essa a única luz apontada à publicidade.<sup>371</sup> Numa intervenção sobre políticas públicas e regulação no sector da publicidade, Landerset Cardoso distingue a regulação *económica* (que incide sobre o acesso à atividade, os mercados, os produtos) da regulação *social* (orientada por outras finalidades, como a proteção ambiental e os interesses dos consumidores).<sup>372</sup> O autor critica o “esquecimento da dimensão económica do sector reduzindo-o apenas à protecção do consumidor”<sup>373</sup>, referindo

---

<sup>369</sup> Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 132.

<sup>370</sup> Cf. E. BALATE, *Unfair advertising and comparative advertising: a fighting place for a new consumer policy (preliminary remarks)*, 1988, p. 3-5 e 10.

<sup>371</sup> A publicidade desempenha um papel essencial na atividade económica. O CESE destaca, a par da sua função de informação e esclarecimento dos consumidores, a difusão da inovação, a indução da criatividade e do entretenimento, o incentivo à concorrência e o aumento das possibilidades de escolha. Cf. Parecer do CESE INT/593 (2.2). Sobre a publicidade televisiva, Cf. ISABELLE BENOLIEL, *La publicité télévisée: nouveaux défis et normes nouvelles*, 1988.

<sup>372</sup> Cf. ANTÓNIO M. BARBOSA DE MELO, *Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores*, 2003, p. 29-38.

<sup>373</sup> Cf. LUÍS LANDERSET CARDOSO, *Políticas públicas e regulação no sector da publicidade*, 2007, p. 92.

a importância de diferenciar a publicidade enquanto atividade económica e como comunicação comercial. A atividade publicitária, para além do impacto em aspetos fulcrais de uma economia competitiva (como o financiamento dos *media*, a concorrência, o consumo doméstico e a inovação), opera em mercados criativa e tecnologicamente dinâmicos, e como tal não pode ser reduzida à dimensão de política do consumidor.<sup>374</sup> Similar crítica é feita por Oliveira Ascensão, para quem a publicidade não deve ser “um sarmento do Direito do Consumidor”, na medida em que a sua autonomia, especificidade e incidência social não pode ser diluída na mera repercussão sobre o consumidor.<sup>375</sup>

Analisemos agora, em traços gerais, a disciplina da publicidade em Portugal.

O Código da Publicidade<sup>376</sup> define-a como “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições” (artigo 3.º n.º 1 CPub).<sup>377</sup>

O conceito de publicidade e o regime que de seguida explanaremos estão centrados na mensagem publicitária em si e, nessa medida, o conceito de publicidade não se confunde com o conceito de *atividade publicitária*, que compreende “o conjunto de operações relacionadas com a difusão de uma mensagem publicitária junto dos seus destinatários, bem como as relações jurídicas

---

<sup>374</sup> Cf. LUÍS LANDERSET CARDOSO, *Políticas públicas e regulação no sector da publicidade*, 2007, p. 85-86. O autor referia-se ao Anteprojeto do Código do Consumidor, que absorvia o Código da Publicidade e propunha a criação de uma nova Entidade Reguladora das Comunicações Comerciais, que não se veio a concretizar.

<sup>375</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O anteprojeto do Código do consumidor e a publicidade*, 2006, p. 35.

<sup>376</sup> Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de outubro, na sua redação atual.

<sup>377</sup> O conceito inclui qualquer forma de comunicação da Administração Pública que tenha por objetivo promover o fornecimento de bens ou serviços (n.º 2) e exclui a propaganda política (n.º 3).

e técnicas daí emergentes entre anunciantes, profissionais, agências de publicidade e entidades que explorem os suportes publicitários ou que efetuem as referidas operações” (artigo 4.º n.º 1 CPub), estando incluídas nessas operações “as de conceção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias” (n.º 2).<sup>378</sup>

Como sujeitos da publicidade (artigo 5.º CPub), o legislador define o *anunciante* (a pessoa singular ou coletiva no interesse de quem se realiza a publicidade), o *profissional ou agência de publicidade* (pessoa singular que exerce a atividade publicitária ou pessoa coletiva que tenha por objeto exclusivo o exercício da atividade publicitária), o titular do *suporte publicitário* (o veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária) e o *destinatário* (a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida).

O mesmo Código principia por elencar e desenvolver os princípios pelos quais se rege a publicidade (artigo 6.º CPub):

- O princípio da *licitude* (artigo 7.º CPub) remete para os valores, princípios e instituições fundamentais constitucionalmente consagrados e proíbe a publicidade que os ofenda pela sua forma, objeto ou fim. Em concreto proíbe-se a publicidade que “a) Se socorra, depreciativamente, de instituições, símbolos nacionais ou religiosos ou personagens históricas; b) Estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa; c) Atente contra a dignidade da pessoa humana; d) Contenha qualquer discriminação em relação à raça, língua, território de origem, religião ou sexo; e) Utilize, sem autorização da própria, a imagem ou as palavras de alguma pessoa; f) Utilize linguagem obscena; g) Encoraje comportamentos prejudiciais à proteção do ambiente; h) Tenha como objeto

---

<sup>378</sup> Para uma distinção entre marketing, comunicação e publicidade, e entre publicidade, mensagem publicitária e atividade publicitária e para um estudo dos contratos de publicidade, Cf. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade (Apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000)*, 1999.



ideias de conteúdo sindical, político ou religioso”, bem como a utilização de línguas estrangeiras na publicidade quando os estrangeiros não sejam destinatários exclusivos ou principais ou quando tal utilização seja desnecessária para o efeito visado na conceção da mensagem publicitária.

- O princípio da *identificabilidade* (artigo 8.º CPub) estabelece que “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado” e separada da restante programação. Em consequência, proíbe-se a publicidade oculta<sup>379</sup> ou subliminar (artigo 9.º CPub).
- O princípio da *veracidade* (artigo 10.º CPub) determina que “a publicidade deve respeitar a verdade, não deformando os factos”, e que as afirmações publicitárias relativas aos bens e serviços publicitados devem ser exatas e passíveis de prova. Em decorrência deste princípio, proíbe-se a *publicidade enganosa* (artigo 11.º CPub), nos termos do regime jurídico relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores<sup>380</sup>, que adiante aprofundaremos.
- O princípio de *respeito pelos direitos do consumidor* (artigo 12.º CPub) compreende todos os direitos do consumidor consagrados na CRP e na LDC (direito à qualidade dos bens e serviços, à proteção da saúde e da segurança física, à formação e à educação para o consumo, à informação para o

---

<sup>379</sup> A propósito da fronteira entre publicidade enganosa e publicidade oculta, Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, 2007, p. 702-706 e Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, 2003, II-2.

<sup>380</sup> Até à entrada em vigor da LPCD, em 2008, o próprio artigo 11.º CPub estabelecia que: “Para se determinar se uma mensagem é enganosa devem ter-se em conta todos os seus elementos e, nomeadamente, todas as indicações que digam respeito: a) Às características dos bens ou serviços, tais como a sua disponibilidade, natureza, execução, composição, modo e data de fabrico ou de prestação, sua adequação, utilizações, quantidade, especificações, origem geográfica ou comercial, resultados que podem ser esperados da utilização ou ainda resultados e características essenciais dos testes ou controlos efetuados sobre os bens ou serviços; b) Ao preço e ao seu modo de fixação ou pagamento, bem como as condições de fornecimento dos bens ou da prestação dos serviços; c) À natureza, às características e aos direitos do anunciante, tais como a sua identidade, as suas qualificações e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios ou distinções que recebeu; d) Aos direitos e deveres do destinatário, bem como aos termos de prestação de garantias.”



consumo, à proteção dos interesses económicos, à prevenção e à reparação dos danos patrimoniais ou não patrimoniais que resultem da ofensa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, à proteção jurídica e a uma justiça acessível e pronta e à participação, por via representativa, na definição legal ou administrativa dos seus direitos e interesses)<sup>381</sup>, ainda que o legislador autonomize de forma mais detalhada o direito do consumidor à saúde e segurança (artigo 13.º CPub).

Em seguida, são estabelecidas as restrições ao conteúdo e objeto da publicidade (artigos 14.º a 22.º-A CPub)<sup>382</sup>. O Código da Publicidade prevê restrições relativas a menores (artigo 14.º CPub), publicidade testemunhal (artigo 15.º CPub), publicidade comparativa (artigo 16.º CPub), bebidas alcoólicas (artigo 17.º CPub), tratamentos e medicamentos (artigo 19.º CPub), publicidade em estabelecimentos de ensino ou destinadas a menores (artigo 20.º CPub), restrições a publicidade a produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados (artigo 20.º-A e 20.º-B CPub), jogos e apostas (artigo 21.º CPub), cursos (artigo 22.º CPub) e veículos automóveis (artigo 22.º-A CPub). Para além do Código, inúmera legislação avulsa trata as especificidades da publicidade para dado setor de atividade, contexto contratual ou suporte publicitário.<sup>383</sup> Não nos deteremos aqui na descrição de cada um destes aspetos, antes nos reportaremos aos mais relevantes, quando oportuno, no desenvolvimento do nosso trabalho.

Num breve apontamento de direito comparado, apresentamos a abordagem do CDC brasileiro, que, de forma mais simples, trata a questão da publicidade ao nível de dois deveres dos profissionais nele previstos: no âmbito do *dever de informar*, proíbe a publicidade *enganosa*, i.e., “qualquer modalidade de informação

---

<sup>381</sup> Cf. artigo 60.º CRP e artigo 3.º LDC.

<sup>382</sup> A catalogação como restrição ao conteúdo ou objeto não resulta clara em todos os normativos.

<sup>383</sup> Por exemplo, publicidade domiciliária, exterior, de medicamentos, tabaco, de serviços de audiotexto e de valor acrescentado, na comunicação social, em rede, nos contratos de crédito ao consumidor, etc.

ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços” (artigo 37.º § 1 CDC); e no âmbito do *dever de proteção*, proíbe a publicidade *abusiva*, considerada “dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (artigo 37.º § 2 CDC).<sup>384</sup>

### **2.3. A relevância jurídica da publicidade**

Em primeiro lugar, impõe-se aclarar desde já que os conceitos de *consumidor* e *destinatário da publicidade* não são coincidentes.

Como já vimos, quer a LDC quer a LPCD incorporam na definição de consumidor o elemento teleológico (a finalidade não profissional da ação do consumidor) e relacional (a contraparte profissional), ainda que, quanto ao elemento objetivo, a LDC pareça circunscrever-se às relações contratuais enquanto a formulação “atue” da LPCD abre espaço à consideração do sujeito consumidor nas relações não contratuais.

Por outro lado, o conceito de destinatário da publicidade constante do CPub (aquele “a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”<sup>385</sup>) abarca pessoas singulares e coletivas, independentemente

---

<sup>384</sup> Cf. UBIRATAN MATTOS, *O controle da publicidade no código de defesa do consumidor*, 1990, Cf. PAULO ERNANI BERGAMO DOS SANTOS, *Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo*, 2011, p. 59-60.

<sup>385</sup> Artigo 5.º n.º 1 c) CPub.

do uso pessoal ou profissional a que destinam os bens ou serviços publicitados e de qualquer relação contratual com o profissional anunciante. Estão assim incluídos os consumidores efetivos (que adquirem os bens ou serviços publicitados), os consumidores potenciais (também público-alvo da mensagem), e os “recetores efetivos” da mensagem publicitária, atingidos pela comunicação comercial, ainda que não exista qualquer relação jurídica de consumo.<sup>386</sup>

Uma segunda delimitação diz respeito aos regimes jurídicos aplicáveis nesta matéria. Por remissão expressa do artigo 11.º CPub, nas relações das empresas com consumidores aplica-se a LPCD. Se anteriormente aquele normativo continha os elementos e indicações a atender para determinar se uma mensagem publicitária era enganosa, com a entrada em vigor da LPCD dispõe-se que “é proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”. Além disso, o mesmo diploma aditou ao CPub o artigo 43.º, em que sob a epígrafe “comunicação dirigida exclusivamente a profissionais”, se estabelece que “o disposto nos artigos 10.º, 11.º e 16.º do presente Código aplica-se apenas à publicidade que não tenha como destinatários os consumidores”, compreendendo o princípio da veracidade, a publicidade enganosa e a publicidade comparativa.

Ficamos assim com um sistema dual no que respeita à disciplina da publicidade enganosa e à publicidade comparativa:

---

<sup>386</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, p. 48-53. A autora salienta que “ao incluir os recetores efetivos, o conceito de destinatário é menos situacional e, por isso, menos relacional do que o conceito de consumidor” (p. 51).

- Quando estejam em causa relações entre profissionais, aplicam-se os artigos 10.º, 11.º e 16.º do CPub e ainda as disposições legais em matéria de concorrência desleal<sup>387</sup>;
- Quando estejam em causa relações de empresas com consumidores, será aplicável o regime da LPCD, que ora veremos.

Nas relações de consumo, a publicidade é juridicamente relevante desde logo como *prática comercial*, especialmente na fase pré-contratual.

Nos termos da LDC, para proteção dos direitos económicos do consumidor, impõe-se nas relações de consumo a igualdade material, lealdade e boa-fé nos preliminares, formação e vigência dos contratos, bem como a prevenção de lesão dos interesses dos consumidores no domínio dos métodos de venda que prejudiquem a formação livre, esclarecida e ponderada da sua decisão de vinculação (artigo 9.º LDC). Em consequência, são proibidas as práticas comerciais desleais que afetem o comportamento e decisões dos consumidores (artigo 4.º LPCD) e anuláveis os contratos celebrados sob a influência de uma prática comercial desleal (artigo 14.º LPCD), sem prejuízo da responsabilidade civil e contraordenacional que no caso tenham lugar.

---

<sup>387</sup> Cf. artigo 311.º do Decreto-Lei n.º 110/2018 de 10 de dezembro (Código da Propriedade Industrial), em vigor desde 01/07/2019: “1 - Constitui concorrência desleal todo o ato de concorrência contrário às normas e usos honestos de qualquer ramo de atividade económica, nomeadamente: a) Os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue; b) As falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes; c) As invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios; d) As falsas indicações de crédito ou reputação próprios, respeitantes ao capital ou situação financeira da empresa ou estabelecimento, à natureza ou âmbito das suas atividades e negócios e à qualidade ou quantidade da clientela; e) As falsas descrições ou indicações sobre a natureza, qualidade ou utilidade dos produtos ou serviços, bem como as falsas indicações de proveniência, de localidade, região ou território, de fábrica, oficina, propriedade ou estabelecimento, seja qual for o modo adotado; f) A supressão, ocultação ou alteração, por parte do vendedor ou de qualquer intermediário, da denominação de origem ou indicação geográfica dos produtos ou da marca registada do produtor ou fabricante em produtos destinados à venda e que não tenham sofrido modificação no seu acondicionamento.”

Tal aplica-se diretamente à publicidade, incluída no conceito de prática comercial da LPCD: “qualquer ação, omissão, conduta ou afirmação de um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, em relação direta com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor” (artigo 3.º d) LPCD).

O legislador trata as práticas comerciais desleais em três níveis: em geral, em especial e em qualquer circunstância. A LPCD começa por definir quais os requisitos para que uma prática comercial seja considerada desleal, sendo que esta cláusula geral na prática funciona como a último filtro de análise do carácter leal ou desleal de uma prática comercial. De seguida trata as práticas comerciais desleais em especial, designadamente as enganosas e agressivas, assim consideradas numa avaliação casuística. E, por último, as listas de práticas consideradas desleais em qualquer circunstância – as designadas “listas negras” – que não exigem aquela avaliação casuística.

Em geral, são consideradas desleais as práticas comerciais em que se verifique, cumulativamente (artigo 5.º LPCD):

– *desconformidade à diligência profissional*, ou seja, que o profissional atue em discordância com “o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional em relação aos consumidores, avaliado de acordo com a prática de mercado honesta e/ou o princípio geral da boa-fé no âmbito da atividade do profissional” (artigo 3.º h) LPCD);

– *distorção substancial do comportamento do consumidor*, ou seja, que a prática comercial “prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo” (artigo 3.º e) LPCD). Refira-se que a prática será qualificada como desleal quando distorça ou quando seja suscetível de distorcer o comportamento económico do consumidor a que se destina ou quando *afete o consumidor* relativamente a certo bem ou serviço. A lealdade da

prática será aferida tendo por referência ou o consumidor médio<sup>388</sup> ou o membro médio do grupo ao qual a prática comercial é destinada.

Em especial, são desleais as práticas comerciais *enganosas* e as práticas comerciais *agressivas* (artigo 6.º b) LPCD)<sup>389</sup> que conduzam ou sejam suscetíveis de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo. Esta decisão de transação será “a decisão tomada por um consumidor sobre a questão de saber se, como e em que condições adquirir, pagar integral ou parcialmente, conservar ou alienar um produto ou exercer outro direito contratual em relação ao produto, independentemente de o consumidor decidir agir ou abster-se de agir” (artigo 3.º l) LPCD), isto é, o seu efeito determinante na decisão do consumidor pode situar-se em distintos momentos, tais como adquirir ou não determinado bem ou serviço, adquirir naquele profissional ou noutro, reclamar ou não reclamar, exercer ou não os seus direitos contratuais, etc., o que é consentâneo com o próprio objeto do diploma, que engloba as práticas comerciais desleais ocorridas *antes, durante ou após* uma transação comercial relativa a um bem ou serviço (artigo 1.º LPCD).

As práticas *enganosas* podem sê-lo por ação ou por omissão. As *ações* enganosas são as que contêm informações falsas ou, mesmo corretas, sejam suscetíveis de induzir o consumidor em erro (por qualquer razão, tal como a sua apresentação<sup>390</sup>) relativamente a um conjunto de elementos relacionados com o

---

<sup>388</sup> O conceito de “consumidor médio” é passível de crítica e tem sofrido alguma evolução na jurisprudência da União Europeia – cf. II 1.3 e IV 1.1.

<sup>389</sup> Na Diretiva 2005/29/CE as duas categorias – enganosas e agressivas – são as únicas referenciadas como práticas desleais em especial (artigo 5.º n.º 4 da Diretiva), no que nos afigura uma sistematização mais coerente. Na LPCD, o artigo 6.º agrega no mesmo normativo também as práticas constantes da “lista negra” (artigo 6.º c) LPCD), bem como as práticas distorcivas de grupos vulneráveis (artigo 6.º a) LPCD), estas últimas numa transposição pouco coerente, como já referimos (cf. II 1.3.)

<sup>390</sup> Podemos incluir aqui, entre outras, hipóteses relacionadas com o tamanho da letra, utilização de asteriscos, elementos visuais em contradição com o texto (como referimos supra a propósito do Acórdão Teekanne – II 1.3) ou, em ambiente digital, os designados *dark patterns* (cf. III 1.3).



próprio bem ou serviço, o profissional ou os direitos do consumidor (artigo 7.º n.º 1 LPCD)<sup>391</sup>, bem como o incumprimento, pelo profissional, de código de conduta ao qual informou estar vinculado (artigo 7.º n.º 2 b) LPCD).

Considera-se ainda abrangida pelo conceito de ação enganosa, enquanto atividade de promoção comercial, a *publicidade comparativa* que crie confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente (artigo 7.º n.º 2 a) LPCD ). Na esteira do que, aliás, prevê o Código da Publicidade, que admite a publicidade que explicita ou implicitamente identifique um concorrente, desde que a mesma seja verdadeira, seja objetiva (i.e., compare características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas) e não seja depreciativa ou anti concorrencial (artigo 16.º CPub).<sup>392</sup>

---

<sup>391</sup> Cf. artigo 7.º LPCD: “a) A existência ou a natureza do bem ou serviço; b) As características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados ao bem ou serviço; c) O conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, direta ou indiretamente, de patrocínio ou de apoio; d) O preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; e) A necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem; f) A natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da atividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido; g) Os direitos do consumidor, em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.”

<sup>392</sup> Cf. n.º 2 do artigo 16.º CPub: “A publicidade comparativa, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, só é consentida, no que respeita à comparação, desde que respeite as seguintes condições: a) Não seja enganosa, nos termos do artigo 11.º; b) Compare bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos; c) Compare objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço; d) Não gere confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente; e) Não desacredite ou deprecie marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente; f) Se refira, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; g) Não retire partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de



No respeito por estas condições, a publicidade comparativa é um “instrumento privilegiado de informação-protecção dos direitos dos consumidores”.<sup>393</sup> Thierry Bourgoignie refere a divisão, na doutrina e nos agentes económicos, entre os apoiantes da publicidade comparativa (por a considerarem um elemento de informação ao consumidor) e os seus opositores, que desligam publicidade de informação, e preferem fontes informativas neutras (como os testes comparativos e a informação de preços).<sup>394</sup>

Por outro lado, as *omissões* enganosas são as suscetíveis de conduzir o consumidor a uma determinada decisão de transação ao: a) omitir informação com requisitos substanciais a uma decisão esclarecida<sup>395</sup>; b) apresentar essa informação de forma obscurecida, tardia ou ininteligível; c) não ser referida a intenção comercial da prática (artigo 9.º n.º 1 LPCD). Na constatação desta omissão devem ser tidas em conta todas as características e circunstâncias, bem como as limitações do meio de comunicação utilizado para a prática comercial.<sup>396</sup> Em caso de limitações de espaço e tempo – como será o caso, por exemplo, da publicidade televisiva ou em alguns suportes digitais – o profissional deverá disponibilizar complementarmente a informação substancial por outros meios (artigo 9.º n.º 1 LPCD).

No que se refere à publicidade, podemos então resumir que a publicidade será enganosa, na aceção de prática comercial desleal, em quatro situações: se contiver informação *falsa*, se induzir ou for suscetível de *induzir em erro* o

---

produtos concorrentes; h) Não apresente um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.”

<sup>393</sup> Cf. ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais*, 2005, p. 359.

<sup>394</sup> Cf. THIERRY BOURGOIGNIE, *La publicité déloyale et la publicité comparative: jalons d'une réflexion (conclusions)*, 1988, p. 283.

<sup>395</sup> O artigo 9.º n.º 4 LPCD contém uma lista não exaustiva de diplomas que contêm requisitos de informação exigidos para as comunicações comerciais.

<sup>396</sup> Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, 2003, II-3.; Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, 2004, p. 695-697; Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, 2007, p. 686.

destinatário consumidor<sup>397</sup>, se criar *confusão com a concorrência* ou se for *omissa* quanto a requisitos substanciais de informação.

Na “lista negra” de ações consideradas enganosas em qualquer circunstância (artigo 8.º LPCD) encontramos, por exemplo, a publicidade a um bem ou serviço que o profissional não possa assegurar nas condições publicitadas ou se tiver intenção de promover um bem ou serviço diferente, a publicidade concebida para obter uma decisão imediata do consumidor, através de falsas ofertas limitadas, a publicidade a produtos cuja venda seja legalmente vedada; publi-reportagens não identificadas como tal, a promoção de um bem ou serviço análogo ao da concorrência, por forma a confundir ou enganar o consumidor; publicidade com falsas alegações quanto à capacidade terapêutica ou curativa de um produto ou serviço, etc.<sup>398</sup>

É também desleal, por *agressiva*, “a prática comercial que devido a assédio, coação ou influência indevida, limite, ou seja, suscetível de limitar

---

<sup>397</sup> Independentemente de efetivo engano ou prejuízo económico para o consumidor - Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, 2007, p. 688 e 692.

<sup>398</sup> Em 20/03/2020, as autoridades de defesa do consumidor dos países da UE – *Consumer Protection Cooperation (CPC) Network* – emitiram uma posição comum sobre as burlas e práticas desleais no contexto da pandemia de COVID-19 – Cf. *Common Position of CPC Authorities: Stopping scams and tackling unfair business practices on online platforms in the context of the Coronavirus outbreak in the EU*, disponível na WWW:< [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/live\\_work\\_travel\\_in\\_the\\_eu/consumers/documents/cpc\\_common\\_position\\_covid19.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/live_work_travel_in_the_eu/consumers/documents/cpc_common_position_covid19.pdf)> [Consult. 09.05.2021]. Nelas se incluem a utilização de linguagem ou imagens que sugiram, de forma explícita ou implícita, que um determinado produto é capaz de prevenir ou curar a Covid-19, a referência a médicos, profissionais de saúde, peritos ou a outras fontes não oficiais para apoiar aquelas declarações, a menção a entidades públicas, peritos oficiais ou instituições internacionais sem fornecer hiperligações ou referências a documentos oficiais, quaisquer alegações que sugiram escassez do produto, a referência a condições falsas de mercado (ex.: “preço mais baixo do mercado”, “único produto que pode curar a Covid-19” ou semelhantes) e a prática de preços significativamente acima do preço normal para produtos similares, pelas alegações de proteção ou curativas. Na mesma ocasião, o Comissário da Justiça e Consumidores apelou a várias plataformas, redes sociais, motores de pesquisa e mercados em linha para pedir a sua cooperação para acabar com as práticas desleais, seguindo aquela posição comum da rede CPC. As respostas foram positivas e pouco depois foi desencadeada uma ação de fiscalização (*CPC sweep on COVID-19 related consumer scams and unfair marketing*) das ofertas e anúncios publicitários presentes relacionados com a Covid-19 nas plataformas em linha – Cf. resultados disponíveis na WWW:< [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/scams-related-covid-19\\_pt](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/scams-related-covid-19_pt)> [Consult. 09.05.2021].

significativamente a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor em relação a um bem ou serviço e, por conseguinte, conduz ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que não teria tomado de outro modo” (artigo 11.º n.º 1 LPCD). Incluem-se na definição de prática agressiva três hipóteses: o assédio, a coação (física ou moral) e ainda a influência indevida, esta última definida como a “utilização pelo profissional de uma posição de poder para pressionar o consumidor, mesmo sem recurso ou ameaça de recurso à força física, de forma que limita significativamente a capacidade de o consumidor tomar uma decisão esclarecida” (artigo 3.º j) LPCD).

Para aferir a deslealdade da prática no caso concreto, o legislador indica alguns aspetos que devem ser considerados, designadamente o momento, local, natureza e persistência da prática, a linguagem ou comportamento ameaçadores ou injuriosos, o aproveitamento de um infortúnio ou circunstância específica do consumidor, entraves ao exercício dos direitos contratuais do consumidor ou ameaça de exercício de uma ação judicial que não seja legalmente possível (artigo 11.º n.º 2 LPCD).

Na “lista negra” das práticas agressivas (artigo 12.º LPCD) encontramos, por exemplo, a publicidade persistente e não solicitada no domicílio ou por meios eletrónicos, a exigência de pagamento de bens ou serviços não solicitados, a pressão emocional sobre o consumidor, e a exortação direta às crianças nos anúncios publicitários. Como veremos, a proibição de práticas comerciais agressivas assume particular relevo no âmbito do *marketing* direto e da publicidade em ambiente digital, onde a personalização da comunicação comercial implica tratamentos de dados pessoais dos destinatários, tratamentos esses que nem sempre são conhecidos ou consentidos pelos titulares dos dados.

Para além da consideração da publicidade como prática comercial, importa neste ponto relativo à relevância jurídica da publicidade salientar dois aspetos mais conexos com o *contrato* de consumo celebrado.<sup>399</sup>

Desde logo, no artigo 7.º n.º 5 LDC o legislador consagrou a *integração* da publicidade no conteúdo contratual, nestes termos: “as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias de determinado bem, serviço ou direito consideram-se integradas no conteúdo dos contratos que se venham a celebrar após a sua emissão, tendo-se por não escritas as cláusulas contratuais em contrário”.<sup>400</sup> A tutela da confiança do consumidor e a formação da sua vontade negocial<sup>401</sup> impõem a consideração dos elementos informativos das mensagens publicitárias como contratualmente vinculativos. Esta vinculação dependerá do “sentido contratualmente útil ou relevante da mensagem”<sup>402</sup> e cinge-se às informações *concretas e objetivas* nela contidas, não abrangendo outros elementos informativos que não podem, pela sua abstração ou subjetividade, constituir cláusulas contratuais. Ficam assim excluídas desta integração contratual<sup>403</sup> as afirmações genéricas e triviais sem carácter informativo, os meros juízos pessoais e o exagero publicitário sob a forma de publicidade hiperbólica, superlativa ou de tom excludente.

---

<sup>399</sup> Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, 2004. Cf. MICHAEL R. WILL, *A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato*, 1996; Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*.

<sup>400</sup> Sobre a compatibilidade desta norma com a diretiva das práticas comerciais desleais - Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, 2012, p. 342.

<sup>401</sup> Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, 2004, p. 701-702. Cf. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade (Apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000)*, 1999 p. 81; Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, 2003, III-3.

<sup>402</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2013, p. 263.

<sup>403</sup> Cf. MARIA MIGUEL MORAIS DE CARVALHO, *O conceito de publicidade enganosa*, 2007, p. 700-702; Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, 2004, p. 706-708; Cf. PAULO MOTA PINTO, *Direito da Publicidade (Apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000)*, 1999, p. 74 e segs.

Só uma avaliação casuística<sup>404</sup> ditará se há engano relativo ao conteúdo das mensagens atentatório do princípio da veracidade publicitária ou se estamos perante exagero publicitário, lícito por aplicação do artigo 253.º n.º 2 do Código Civil (dolo bom) ou ainda por apelo ao artigo 245.º do mesmo Código (declarações não sérias). A análise reconduz-se no essencial à interpretação literal que possa ser feita pelos destinatários. Por exemplo, se o anunciante publicita que vende “o melhor croissant do mundo”, o exagero é óbvio, quer porque certamente ninguém testou ou experimentou todos, quer porque tal dependerá em grande medida do gosto pessoal de cada consumidor. Já se o anunciante informa ser o único no mercado que produz ou comercializa um determinado equipamento, essa informação pode ser determinante para a atuação do consumidor, pelo que, a ser falsa, pode constituir publicidade enganosa e publicidade comparativa ilícita.

O fundamento da licitude do exagero publicitário resulta, como aponta Ana Clara Azevedo de Amorim, do “princípio da adequação social” associado à “cláusula de relevância”, ou seja, conjugando a não valoração daquela afirmação publicitária de forma censurável pela comunidade com o facto da mesma não ser suscetível de influenciar a decisão transacional dos consumidores.<sup>405</sup>

Cumpre referir que a Diretiva europeia relativa às práticas comerciais desleais, no seu artigo 5.º n.º 3, a propósito da proibição de práticas suscetíveis de distorcer o comportamento de grupos de consumidores vulneráveis, ressalva expressamente que tal disposição “não prejudica a prática publicitária comum e legítima que consiste em fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente”. Apesar da mesma menção constar do preâmbulo da LPCD, a norma não foi objeto de transposição para o nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>404</sup> Cf. MARÍA DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *La publicidad: su incidencia en la contratación*, 2003, II-3., que propõe a análise da linguagem, meio de difusão e setor comercial do anunciante.

<sup>405</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 117-121.

Separar informação de fantasia é tarefa do intérprete de uma mensagem publicitária, já que “a correspondência entre a informação e a persuasão tem de ser devidamente apreciada e cada uma das características reconduzida à sua sede própria”<sup>406</sup>. Nem sempre será fácil diferenciar as afirmações subjetivas das objetivas, e como tal deslindar o que é tolerável do que é enganoso. Gómez Garcia e Muñoz Cortina qualificam de objetivas as afirmações que cumprem uma função informativa (acerca das características, qualidades ou atributos do produto) e de subjetivas aquelas que se limitam a expressar *slogans* ou elogios do produto pelo anunciante, sem se referir a factos comprováveis. Ademais importa, nesta determinação, valorizar o contexto global do anúncio (considerado como uma “unidade temática”) bem como a perceção do consumidor no que se refere à possibilidade ou não de comprovação de uma dada informação publicitária.<sup>407</sup>

O carácter vinculativo da publicidade é ainda valorado no âmbito do regime da venda<sup>408</sup> dos bens de consumo e garantias a ela relativas:

- a *garantia legal*, definida como “qualquer compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de

---

<sup>406</sup> Cf. RUI MOREIRA CHAVES, *Código da Publicidade anotado*, 2005a, p. 151, anotação ao artigo 30.º

<sup>407</sup> Cf. CARLOS ANDRÉS GÓMEZ GARCÍA e SILVIA HELENA MUÑOZ CORTINA, *Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa*, 2008, p. 276-277. Eike von Hippel crê que mesmo “uma publicidade real e objectiva [...] conduz apenas à informação pontual do consumidor e não lhe proporciona uma visão geral do mercado, que é condição prévia de uma boa escolha” e que deveria, por isso, ser desenvolvido um sistema de informação fiável para a efetiva informação dos consumidores, para cuja utilização deveriam contribuir as estruturas educativas e os meios de comunicação social. – Cf. EIKE VON HIPPEL, *Defesa do consumidor*, 1978, p. 20-21.

<sup>408</sup> Nos termos do artigo 1.º-A LG, o diploma aplica-se aos contratos de compra e venda e, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo. Por remissão do artigo 34.º n.º 3 do regime jurídico de acesso e exercício de atividades de comércio, serviços e restauração (DL n.º 10/2015 de 16 de janeiro), o mesmo regime é aplicável às prestações de serviço.



este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade” (artigo 1.º-B f) LG);

- a *garantia voluntária*, definida como “qualquer compromisso ou declaração, de carácter gratuito ou oneroso, assumido por um vendedor, por um produtor ou por qualquer intermediário perante o consumidor, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade” (artigo 1.º-B g) LG).

Enquanto a designada “garantia legal” traduz os direitos do consumidor em caso de falta de conformidade do bem de consumo com o contrato, tem natureza imperativa e o seu exercício não pode implicar encargos para o consumidor, a “garantia voluntária” insere-se no âmbito da estratégia comercial do profissional, abrangerá duração ou benefícios não abrangidos pela garantia legal (por exemplo, as comumente designadas extensões de garantia), tem natureza voluntária e pode ter carácter oneroso.

Ambos os conceitos realçam a não-correspondência do bem de consumo com as condições enumeradas na respetiva publicidade. No entanto, e numa primeira nota, afigura-se-nos que aquela definição de “garantia legal” constante do artigo 1.º-B f) LG resulta de uma incorreta transposição da Diretiva 1999/44/CE. Mais concretamente, o legislador português replicou o artigo 2.º n.º 2 e) da Diretiva, que se refere não à garantia de conformidade imposta por lei, mas sim à garantia comercial oferecida pelo profissional. Só assim se justifica que se diga que a garantia legal é um “compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor” (quando se trata de um dever de natureza imperativa para o profissional) e ainda que esse compromisso é assumido para a eventualidade do bem “não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respetiva publicidade” (quando as hipóteses de falta de conformidade são aferidas



por vários outros critérios). Só assim se justifica também a similitude das definições de “garantia legal” e “garantia voluntária”, salvo a menção ao caráter gratuito ou oneroso da última, quando na realidade a sua natureza é diversa.

No âmbito dos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores, o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens conformes com o contrato (artigo 2.º n.º 1 LG), respondendo aquele por qualquer falta de conformidade que exista no momento de entrega do bem ou se manifeste no prazo de garantia de 2 ou 5 anos a contar da entrega do bem, consoante se trate, respetivamente, de bens móveis ou imóveis (artigo 3.º LG).

Ao contrário da Diretiva, que estabelece quatro presunções de conformidade do bem com o contrato (artigo 2.º da Diretiva 1999/44/CE<sup>409</sup>), o legislador nacional optou por consagrar as mesmas circunstâncias da Diretiva, mas sob a forma negativa de *presunções de não-conformidade* do bem (artigo 2.º n.º 2 LG), opção criticável já que “a presunção deixa de fazer sentido enquanto presunção”<sup>410</sup> e praticamente afasta a possibilidade da sua ilisão. São quatro esses critérios: a) o bem não ser conforme com a descrição feita pelo vendedor ou com a amostra ou modelo por aquele apresentados ao consumidor; b) o bem não ser adequado ao uso específico pretendido pelo consumidor e do qual tenha informado o vendedor; c) o bem não ser adequado às utilizações habituais dadas aos bens do mesmo tipo; e d) o bem não apresentar “as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas

---

<sup>409</sup> No seu n.º 2: “Presume-se que os bens de consumo são conformes com o contrato, se: a) Forem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor e possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo; b) Forem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceite; c) Forem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo; d) Apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.”.

<sup>410</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO E MICAEL MARTINS TEIXEIRA, *Duas presunções que não são presunções: a desconformidade na venda de bens de consumo em Portugal*, 2018, p. 5.

feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem.”

Neste último critério a publicidade surge, a par da natureza do bem<sup>411</sup>, como um sustentáculo das *razoáveis expectativas* do consumidor nas qualidades e desempenho habituais<sup>412</sup> de bens do mesmo tipo, integrada nas “declarações públicas sobre as suas características concretas”. Nesta medida, a publicidade tem relevo jurídico enquanto bitola da conformidade e aptidão do bem a satisfazer os fins e efeitos esperados pelo consumidor.<sup>413</sup>

Aqui encontramos outra diferença significativa entre o texto da Diretiva e a transposição nacional. A Diretiva prevê três situações em que o *vendedor não fica vinculado* pelas declarações públicas (artigo 2.º n.º 4 da Diretiva 1999/44/CE), se demonstrar que: a) não tinha conhecimento nem podia razoavelmente ter conhecimento da declaração; b) a declaração foi corrigida até ao momento da celebração do contrato; ou c) a decisão de compra do consumidor não podia ter sido influenciada pela declaração. Este normativo não encontra paralelo na lei nacional, pelo que ao contrário do que sucede quando o consumidor opta por solicitar a reposição da conformidade ao produtor (artigo 6.º LG) e salvo se o vendedor ilidir a presunção de anterioridade do artigo 3.º n.º 2 LG, não existem circunstâncias em que o vendedor se possa exonerar do seu dever de entregar ao consumidor bens

---

<sup>411</sup> Sobre a cumulatividade, Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, 2009, p. 234-235; e Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *A publicidade na formação do contrato*, 2004, p. 708-709.

<sup>412</sup> Tais como “as propriedades qualificativas (aparência, acabamento) e funcionais (grau de aptidão do bem para a finalidade a que o bem tipicamente se destina; durabilidade; a segurança no emprego do bem)” - Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, 2009, p. 233.

<sup>413</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 136. Cf. NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, *A eficácia negocial da mensagem publicitária*, 2009, p. 221.

conformes com o contrato, incluindo a correspondência com a publicidade veiculada.

A situação irá, todavia, sofrer uma alteração a curto prazo. A Diretiva 1999/44 foi revogada pela Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, cuja transposição deve ocorrer até 1 de julho de 2021, com aplicação a partir de 1 de janeiro de 2022. A nova Diretiva inclui as hipóteses de exclusão da responsabilidade do vendedor em termos muito similares à anterior.<sup>414</sup> A diferença é que, enquanto a primeira Diretiva era de harmonização mínima<sup>415</sup>, podendo os Estados disposições mais protetoras do consumidor, a nova Diretiva é de harmonização máxima<sup>416</sup>, pelo que os Estados não podem em regra manter ou introduzir disposições mais ou menos estritas, com o objetivo de garantir um nível diferente de proteção dos consumidores, o que significará uma redução do nível de proteção dos consumidores portugueses em alguns aspetos abrangidos por este regime jurídico, entre os quais a exclusão da responsabilidade por declarações públicas quando o vendedor demonstre que não tinha conhecimento da declaração pública, que esta tinha sido corrigida ou que a decisão de comprar os bens não poderia ter sido influenciada por essa declaração. Nessa medida, quando vigorar o novo regime, “a vinculação dos profissionais à publicidade passará a ser menor”<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> Cf. artigo 7.º n.º 2 da Diretiva 2019/771.

<sup>415</sup> Cf. Artigo 8.º n.º 2 da Diretiva 1999/44.

<sup>416</sup> Cf. artigo 4.º da Diretiva 2019/771.

<sup>417</sup> Cf. JORGEMORAIS CARVALHO, *Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português*, 2019, p. 77.

### **3. O CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO VULNERÁVEL**

#### **3.1. A (hiper)vulnerabilidade dos menores como consumidores**

Os consumidores não são uma homogeneidade factual ou jurídica. “A categoria de consumidor cede espaço à categoria de consumidores”<sup>418</sup>, com reconhecimento das especificidades dos grupos mais vulneráveis, como as crianças e jovens, os idosos, os analfabetos, os cidadãos portadores de deficiência. Importa assim distinguir os conceitos de *vulnerabilidade* (comum a todos os consumidores) da *hipossuficiência*, para os que possuem uma debilidade acrescida.<sup>419</sup>

No plano comunitário, Monique Goyens identifica a proteção de categorias específicas de consumidores (como os menores, idosos ou portadores de deficiência) como um dos aspetos sociais da proteção dos consumidores europeus que podem não ser absorvidos pela política económica do mercado interno.<sup>420</sup> Na estratégia de reforço dos consumidores vulneráveis definida pela Comissão do Mercado Interno e da Proteção dos Consumidores do Parlamento Europeu <sup>421</sup>, são identificadas duas categorias de vulnerabilidade, conforme os fatores ou causas que a motivam:

---

<sup>418</sup> Cf. DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015, p. 221.

<sup>419</sup> Sempre se dirá que alguns consumidores não revestem a característica de vulnerabilidade (como no exemplo académico do Bill Gates se dirigir a um estabelecimento comercial de informática para aí adquirir um produto). Mas ainda assim alguma das dimensões de vulnerabilidade estará presente (por exemplo, ainda que não se verifique casuisticamente inferioridade técnica ou económica, pode existir ao nível jurídico ou da informação contratual). Cf. DIOVANA BARBIERI, *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais dos Consumidores na Ordem Jurídica Portuguesa: pode-se/deve-se pensar em eficácia horizontal directa?*, 2007, p. 315-318.

<sup>420</sup> Cf. MONIQUE GOYENS, *Consumer in a single european market: what challenge for the EC agenda?*, 1992, p. 74.

<sup>421</sup> Cf. Relatório sobre uma estratégia de reforço dos consumidores vulneráveis (2011/2272 (INI).

- Endógena, quando as causas, temporárias ou permanentes, são inerentes à *natureza ou situação física ou psíquica* dos consumidores, aqui se incluindo as crianças, adolescentes, idosos e pessoas portadoras de deficiência;
- Exógena, quando são *fatores externos e de interação com o mercado* que convertem o consumidor em vulnerável. Os autores do parecer chamam a atenção para a necessidade de incluir no conceito de consumidor vulnerável aqueles em que há um fosso (educacional, social, financeiro, etc.) entre as suas características individuais e o ambiente externo, e exemplificam como causas o desconhecimento da língua, a falta de formação ou a obrigatoriedade de utilizar novas tecnologias pouco familiares.

Dedicamos a nossa investigação aos consumidores menores dadas as fragilidades que revelam face à comunicação social e comercial, e a incumbência coletiva de respeito e salvaguarda do seu futuro.

Apesar de nos centrarmos no menor enquanto público, i.e., como destinatário de práticas comerciais e publicitárias, importa abrir aqui um parêntese para referir que pode o próprio menor ser o *emissor* de tais práticas, como acontece com os designados influenciadores nas redes sociais<sup>422</sup>, sendo já possível falar-se de uma cultura do *kidfluencer*<sup>423</sup> – pela junção das palavras *kid* (criança) e *influencer* (influenciador). São frequentes, por exemplo, os influenciadores

---

<sup>422</sup> Veja-se o caso do *youtuber* Ryan Kaji, que se iniciou como influenciador aos 3 anos de idade, com vídeos de abertura e crítica de brinquedos no canal "Ryan Toys Review". Hoje o canal designa-se "Ryan's World", tem quase 30 milhões de seguidores, 12 biliões de visualizações e gera 200 milhões de dólares anualmente. Ryan, atualmente com 9 anos de idade, há 3 anos consecutivos (2018, 2019 e 2020) lidera a lista dos *youtubers* mais bem pagos do mundo, segundo a revista Forbes. O grupo *Truth in Advertising* apresentou uma queixa à Federal Trade Commission (FTC) dos Estados Unidos, precisamente pela forma enganosa como apresenta os brinquedos para um público-alvo abaixo dos 5 anos, idade em que não conseguem distinguir conteúdos de marketing dos demais. Cf. na WWW:< <https://www.truthinadvertising.org/ryan-toys-review-summary-of-action/>> [Consult. 09.05.2021].

<sup>423</sup> Recentemente, o anúncio de que o Facebook estaria a ponderar a criação de um Instagram para crianças suscitou a preocupação de especialistas e organizações de defesa dos direitos das crianças, numa ação liderada pela *Campaign for a Commercial-Free Childhood* – Cf. a ação *No Instagram for kids!* na WWW:< <https://commercialfreechildhood.org/campaigns/>> [Consult. 09.05.2021].

menores de idade que protagonizam vídeos em que desembalam brinquedos (designados vídeos de *unpacking* ou *unboxing*), motivando os seus seguidores, a maioria menores de idade, a fazer o mesmo. Tipicamente estes jovens influenciadores vão abrindo os brinquedos com euforia, apresentam entusiasticamente as suas funcionalidades e veiculam uma ideia de realização pessoal alcançável através do item que está a ser desembalhado.

Em França entrou muito recentemente em vigor legislação que visa precisamente regulamentar a exploração comercial da imagem de menores de 16 anos em plataformas *online*.<sup>424</sup> Nos termos da nova regulamentação, qualquer difusão da imagem de um menor de 16 anos em plataformas de partilha de vídeo, quando a criança seja o sujeito principal, fica sujeita a declaração prévia à autoridade competente pelos titulares das responsabilidades parentais e ao cumprimento de determinadas obrigações financeiras relativamente aos rendimentos diretos e indiretos decorrentes daquela difusão<sup>425</sup>, obrigações essas que os anunciantes que efetuem colocação de produto nos programas audiovisuais protagonizados por estes jovens influenciadores devem verificar.

Para além destas questões inerentes à própria participação dos menores influenciadores, os menores que os seguem e assistem aos vídeos são alvo de estratégias comerciais que exploram a sua vulnerabilidade e cuja intenção comercial nem sempre é evidente para os progenitores. Como reflete Rossana Fisciletti, os vídeos de *unpacking* “difundem o consumismo como forma de felicidade” e “vêm sendo utilizados como prática de publicidade abusiva, uma vez que incitam a criança a um consumismo exagerado, aproveitando-se da sua

---

<sup>424</sup> Cf. Loi n° 2020-1266 du 19 octobre 2020 visant à encadrer l'exploitation commerciale de l'image d'enfants de moins de seize ans sur les plateformes en ligne, disponível na WWW:<<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2020/10/19/MICX2012545L/jo/texte>> [Consult. 08.05.2021].

<sup>425</sup> Designadamente o depósito (acima de determinado valor) desses rendimentos no fundo *Caisse des Dépôts et Consignations* que os gere até à maioridade ou emancipação da criança.

deficiência de julgamento e de experiência”.<sup>426</sup> No Brasil, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) aflora a questão ao condenar “a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado”.<sup>427</sup> Na realidade, a influência da publicidade no comportamento dos menores consumidores (seguidores) é substancialmente diferente quando a publicidade é veiculada por outros menores (influenciadores), desde logo pela afinidade e identificação.

De modelos sociais em que os menores eram secundarizados no contexto familiar evoluímos para famílias centradas nos elementos mais jovens que as integram. No plano do consumo, os menores são alvos apetecíveis dos operadores económicos, quer por si quer pelo influxo nos hábitos de consumo e decisões económicas do agregado familiar. As famílias, incluindo quando atravessam dificuldades financeiras, definem as prioridades dos orçamentos domésticos pelas necessidades dos filhos, e estas por sua vez são impelidas quer pelos grupos sociais onde as crianças e jovens se inserem quer pela comunicação comercial massificada. No caso dos adolescentes, a progressiva autonomia decisória e financeira, aliada às fragilidades do sistema educativo e familiar torna-os cada vez mais consumidores diretos.<sup>428</sup> Outros fatores condicionam este consumo juvenil, como a natalidade tardia dos progenitores ou as ausências dos pais por motivos profissionais.<sup>429</sup>

---

<sup>426</sup> Cf. ROSSANA MARINA DE SETA FISCILETTI, *Vulnerabilidade Infantil na Era Digital: Os Youtubers e a Prática Abusiva do Unpacking*, 2019, p. 597.

<sup>427</sup> Cf. artigo 37.º III do Código Brasileiro da Autorregulamentação Publicitária, disponível na WWW:< <http://www.conar.org.br/>> [Consult. 06.03.2021].

<sup>428</sup> Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal*, 2013, p. 143.

<sup>429</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil*, 2011, p. 125. O autor considera que os filhos de *pais mais velhos* “tendem a ser mais papericados, e como estes tendem a estar em melhor situação financeira, quando essas crianças



As crianças e adolescentes são hoje o “um núcleo fundamental da sociedade de consumo”<sup>430</sup>, o “epicentro da cultura de consumo”<sup>431</sup>, simultaneamente influenciadores e influenciados, o que tem sido aproveitado pelos anunciantes e agentes económicos na definição das suas estratégias comerciais. Este “mercado das crianças” decompõe-se em mercado primário, mercado influenciador e mercado potencial<sup>432</sup>, da mesma forma que é tripla a atuação dos menores no mercado de consumo.<sup>433</sup>

- como sujeito ativo, que adquire bens e serviços pelos seus meios;
- como sujeito influenciador das escolhas e compras familiares;
- como futuro consumidor, que vai assimilando perceções que conduzem à fidelização à marca enquanto adultos<sup>434</sup>.

Face à publicidade, o menor é assim encarado como destinatário, mediador e estimulador.<sup>435</sup> Para além de *alvos* específico da mensagem publicitária, os menores são utilizados como *intermediários*, seja pela ação sobre os consumos

---

atingem a idade do ‘eu quero’, seus pais são sempre mais sensíveis a atender seus desejos de consumo”. Já os filhos de *pais ausentes* “são estimulados a ser mais independentes e, por isso, assumem o rol de consumidores com mais frequência e antes do previsto” e/ou são materialmente agraciados como forma de “compensação” pela menor disponibilidade dos pais.

<sup>430</sup> Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal*, 2013, p. 127.

<sup>431</sup> JULIET SCHOR, cit. por DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015, p. 215. De forma ainda mais intensa, Luiz Del Rio Horn e Selmar Maia acentuam a “condição de refém da criança submetida ao mercado de consumo” – Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 115.

<sup>432</sup> JAMES MCNEAL cit. por ANTÓNIO CARDOSO, *Uma perspectiva parental sobre a influência das crianças na compra de vestuário*, 2005, p. 163.

<sup>433</sup> Vários autores se referem a esta tripla qualidade. Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 70. Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 70.

<sup>434</sup> Um exemplo paradigmático é o questionamento dos adultos (hoje na faixa etária dos 30-40 anos) quanto a marcas de confiança no setor alimentar, detergentes, etc. e verificar como as respostas convergem nas marcas predominantemente usadas no lar na sua infância, tidas como marcas de confiança, independentemente até do seu efetivo consumo atual.

<sup>435</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 70.

familiares, seja pelo “apelo aos sentimentos que a sua imagem e comportamentos provocam nos adultos”.<sup>436</sup> Como “parcela bastante lucrativa do mercado consumidor global”<sup>437</sup> e “os maiores agentes de repercussão de produtos e serviços anunciados”<sup>438</sup>, compreende-se o interesse do público infantojuvenil para os operadores económicos, na mesma medida da preocupação que esta ubiquidade dos menores no mercado de consumo deve merecer por parte dos Estados e da sociedade em geral.

O consumidor menor de idade integra o grupo de consumidores que se podem considerar que possuem uma “vulnerabilidade dupla ou agravada”<sup>439</sup>, uma coligação da fragilidade que orienta as políticas de defesa do consumidor genericamente considerado às especificidades da menoridade, impondo-se assim um reforço de tutela jurídica pela sua maior exposição à publicidade e pela (hiper)vulnerabilidade perante a mesma. É precisamente para preservar a “fragilidade temporária” própria da menoridade e da impossibilidade de autodeterminação face à “massiva influência publicitária”, que se deve incrementar a proteção da criança, garantindo uma maturidade gradual até à idade em que possa exercer plenamente o seu direito de escolha.<sup>440</sup> Nesse sentido, Pedro Quartin Graça e Margarida Bettencourt salientam a tutela constitucional da infância, a que aludimos, como consolidação de “valores adquiridos e perfilhados pela mesma sociedade” e que “legitima a adopção por parte do legislador ordinário de medidas

---

<sup>436</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 70. O autor refere a “natural associação (feita pelos adultos) entre as crianças e as necessidades essenciais (alimentação, vestuário, ...) mas também com características, reais ou atribuídas, das próprias crianças (suavidade da pele, limpeza, perfume...)”.

<sup>437</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 66.

<sup>438</sup> Cf. LARISSA MARIA DE MORAES LEAL e RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA, *A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional*, 2014, p. 55.

<sup>439</sup> Cf. DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015, p. 219.

<sup>440</sup> Cf. EKATERINE KARAGEORGIADIS, *Lanches Acompanhados de Brinquedos: Comunicação Mercadológica Abusiva Dirigida à Criança e Prática de Venda Casada*, 2014, p. 22.

destinadas a proteger especificamente a faixa etária respectiva, da ‘agressividade’ própria de algumas práticas publicitárias”.<sup>441</sup>

Marta Morillas Fernández sintetiza exemplarmente a situação respeitante à publicidade infantil em oito aspetos: a) os menores constituem um público numeroso; b) os menores são relevantes como futuros consumidores; c) os menores condicionam o consumo próprio e familiar; d) a publicidade dirigida a crianças é inserida de forma generalizada na programação televisiva; e) os menores são especialmente permeáveis a conteúdos externos, formativos ou não; f) os menores têm dificuldade em distinguir publicidade de informação; g) os menores têm dificuldade em avaliar a veracidade e intenção persuasiva das mensagens publicitárias; h) as crianças são especialmente sensíveis à ideia, veiculada nas mensagens publicitárias, de inferioridade daqueles que não possuem o produto publicitado.<sup>442</sup>

Enquanto destinatários da publicidade, temos de atender ao “peculiar processo de desenvolvimento biopsicológico”<sup>443</sup> dos menores, processo esse que ocorre a quatro níveis: físico-motor, intelectual, afetivo-emocional e social<sup>444</sup>. O menor é uma *pessoa em formação*, e nessa medida a forma como é atingido e afetado pela publicidade apresenta dissemelhanças do consumidor adulto. A publicidade infantil implica riscos para a integridade pessoal das crianças e adolescentes, nas suas dimensões moral e física.<sup>445</sup>

---

<sup>441</sup> Cf. PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ e MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia*, 2003, p. 205.

<sup>442</sup> Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal*, 2013, p. 128.

<sup>443</sup> Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 130.

<sup>444</sup> Cf. DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015, p. 223.

<sup>445</sup> Cf. FÁBIO JUN CAPUCHO, *Publicidade infantil : necessidade de regulamentação específica?*, 2013, p. 625.

Desde logo, os menores consomem em regra um maior número de horas de televisão<sup>446</sup> e utilizam a *internet* também de uma forma mais “absorvente”, o que multiplica o número de estímulos publicitários a que estão sujeitos. Por outro lado, assimilam os anúncios publicitários num menor número de visualizações, sobretudo quando há uma repetição exaustiva das mensagens publicitárias.<sup>447</sup>

Mas a “hipervulnerabilidade”<sup>448</sup> ou “hipossuficiência”<sup>449</sup> dos consumidores menores deriva sobretudo da sua capacidade de compreenderem os conteúdos publicitários. Segundo o CESE, até certa idade as crianças “não filtram a comunicação publicitária” dado não possuírem ainda as “competências cognitivas e interpretativas” necessárias para interagir com as diferentes formas de comunicação comercial e decodificar as afirmações contidas nas mensagens publicitárias.<sup>450</sup> Quando o mercado publicitário se aproveita da inexperiência,

---

<sup>446</sup> Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal*, 2013, p. 127.

<sup>447</sup> Marta Morillas Fernández refere-se ainda às técnicas utilizadas para atrair a atenção, como sejam as cores, sons, imagens, rimas, brevidade das mensagens e ritmo na mudança de planos – Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal*, 2013, p. 129. Cf. MÁRCIA AMARAL CORRÊA DE MORAES, *O Impacto da Mídia Publicitária e Relacional na Formação de Consumidores Jovens e Adultos*, 2012, p. 99-102, que apresenta a doutrina de SANT’ANNA, na divisão das características dos fenómenos publicitários em físicas, fisiológicas, psicológicas e económicas, e enuncia os princípios psicológicos pelos quais a prática da publicidade se organiza (atenção, inibição, interesse, memória, percepção, imagem, imaginação, emoção, vontade, conduta, necessidades biológicas, desejo, associação de ideias e motivação). Já RANDAZZO, referenciado pela mesma autora, enuncia os preceitos a que deve obedecer a estrutura de um anúncio publicitário: atrair a atenção, despertar o interesse, criar a convicção, provocar uma resposta e ficar na memória.

<sup>448</sup> Cf. DIÓGENES FARIA DE CARVALHO e THAYNARA DE SOUZA OLIVEIRA, *A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro*, 2015.

<sup>449</sup> Cf. PAULO ERNANI BERGAMO DOS SANTOS, *Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo*, 2011, p. 65.

<sup>450</sup> Cf. Parecer do CESE INT/593 (4). O CESE especifica estes constrangimentos num crescendo etário: “até aos cinco anos, as crianças são incapazes de perceber as diferenças entre programação e anúncios e, mesmo a partir daí, não reconhecem à publicidade a sua função persuasiva. Esta competência só surge por volta dos oito anos, e mesmo assim, não para todas as crianças; tal não significa ainda que possam reconhecer as mensagens como tendenciosas, enfatizando aspetos positivos e negligenciando outros mais negativos do produto em causa. Quando as crianças mais velhas veem o anúncio como um fator de entretenimento o impacto é maior e a sua capacidade de processamento de mensagens publicitárias não as torna necessariamente imunes à publicidade e aos seus intentos na medida em que outras técnicas de persuasão mais sofisticadas e igualmente eficazes permitem influenciar os seus comportamentos”. Cf. também LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 124 e segs.

credulidade e imaturidade dos menores, a relação entre o fornecedor e o consumidor é “demasiadamente desleal”.<sup>451</sup>

O problema intensifica-se na comunicação comercial que surge dissimuladamente inclusa nos conteúdos de *entretenimento*, criando confusão nos destinatários.<sup>452</sup> E desenganem-se aqueles que pensam que a proibição da colocação de produto nos programas infantis é suficiente para ultrapassar esta questão, numa época em que os ecrãs<sup>453</sup> (televisão, computador, telemóvel, etc.) são onnipresentes na vida das crianças desde precoce idade. Por outro lado, a publicidade dirigida a menores não se refere apenas a produtos e serviços infantis, mas também bens de consumo para adultos, pois “o mercado publicitário descobriu que é mais fácil vender para crianças” qualquer que seja o produto.<sup>454</sup>

A publicidade infantil está, pois, em expansão, *quantitativa* (pelo volume de mensagens publicitárias dirigidas ao público infantil) e *qualitativa* (pelas técnicas de captação deste público e indução ao consumo).<sup>455</sup> Publicidade *infantil* que não se confunde com publicidade de *produtos infantis*. O critério distintivo será o do destinatário da mensagem publicitária e não o produto ou serviço anunciado, como assinalam Larissa Leal e Raíssa Barbosa. E, nessa medida, estamos perante publicidade infantil sempre que a publicidade comunica com a criança, “buscando

---

<sup>451</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 67.

<sup>452</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 73. Refira-se ainda o caso da indústria cinematográfica infantil, em que mais do que patrocínio ou colocação de produto, as marcas estão no cerne do próprio argumento da obra, como é o caso do filme “Cars” da Disney, entre outros. Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 136.

<sup>453</sup> Cf. estudos na Entidade Reguladora da Comunicação Social “Crescendo entre Ecrãs. Usos de Meios Eletrónicos por Crianças (3-8 Anos)” e “Boom Digital? Crianças (3-8 anos) e Ecrãs”, disponíveis na WWW:< <https://www.erc.pt/pt/estudos-e-publicacoes/consumos-de-media>> [Consult. 09.05.2021].

<sup>454</sup> Cf. ISABELLA HENRIQUES, *A violência no âmbito da publicidade voltada ao público infantil*, 2014, p. 180.

<sup>455</sup> Cf. FÁBIO JUN CAPUCHO, *Publicidade infantil : necessidade de regulamentação específica?*, 2013, p. 627. Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 67.

captar a sua atenção e adesão”, mesmo que não seja publicidade a bens ou serviços infantis, da mesma forma que a publicidade a estes produtos mas que não tenha as crianças como alvos não será assim caracterizada.<sup>456</sup>

Na perspetiva dos *media*, o impacto da *imagem* é decisivo, e a mensagem televisiva é (ainda hoje), de todas, “a mais direta, a mais precisa, a mais coerente e a mais eficaz”<sup>457</sup>. Daí muitas destas apreensões respeitarem quase em exclusivo à comunicação social *audiovisual*, parte integrante da vida das crianças, pela “pressão comercial” e “apelo ao consumo” que neles exerce.<sup>458</sup>

Por outro lado, o facto de este público-alvo ser composto na sua maioria pelo que comumente se designa “nativos digitais”, com competências inatas de utilização de tecnologias de comunicação e informação, aliado à proliferação de redes sociais e jogos digitais, levou a questão para o ambiente *online*, onde os menores são alvos de “estratégias de persuasão e de fidelização de marcas”<sup>459</sup>. A propósito da publicidade na *internet*, Susana Almeida aponta os perigos da sujeição à “radiação publicitária *online*” dos menores (nomeadamente a publicidade enganosa, ilícita, agressiva ou a recolha ilícita de dados) e as formas de “assédio comercial” de que são vítimas.<sup>460</sup> Não se pense que estes termos são alarmistas. Na realidade, o tempo passado *online* por crianças e jovens, aliado a um reduzido acompanhamento parental e dificuldades de controlo regulamentar dos

---

<sup>456</sup> Cf. LARISSA MARIA DE MORAES LEAL e RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA, *A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional*, 2014, p. 44-45.

<sup>457</sup> Tradução nossa. No original: “...è tra tutti i messaggi il più diretto, il più preciso, il più coerente e il più efficace” - Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 112.

<sup>458</sup> Cf. PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ e MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia*, 2003, p. 199.

<sup>459</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *O Enquadramento Legal da Publicidade Infanto-Juvenil na UE: Presente e Futuro*, 2014, p. 96.

<sup>460</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet*, 2014, p. 153-157. A autora identifica diferentes modos de comunicar as mensagens publicitárias no ciberespaço, a saber: páginas web (ou sites), banners, correio eletrónico, metatags, splash screens (ou interstitial adds), pop-up Windows, microsites, advertorials, layers, links e in-app ads (em aplicações de telefone ou tablets).



conteúdos<sup>461</sup>, torna-os, nas palavras da autora, destinatários de técnicas de *marketing* próprias deste ambiente, com “efeito acutilante e pernicioso na formação da personalidade e comportamento” das crianças e jovens.<sup>462</sup>

Partimos para a observação do efetivo impacto que a publicidade tem nos públicos infantis e juvenis<sup>463</sup>, cientes de que esta análise não se queda na microescala do menor, pelo contrário amplia deste para a sua família, e daqui para a sociedade, de quem os menores serão os “futuros cidadãos e os gestores”<sup>464</sup>.

### **3.2. O impacto da publicidade nos menores**

Em primeiro lugar, nos seus hábitos alimentares. Quiçá a mais premente e nociva das consequências da publicidade seja a obesidade infantil e outras doenças relacionadas com uma alimentação pouco saudável (como a diabetes ou hipertensão) e distúrbios alimentares como a anorexia ou a bulimia.

No mencionado relatório sobre a estratégia de reforço dos consumidores vulneráveis, o Parlamento Europeu apontou como um dos setores especialmente problemáticos a alimentação, sublinhando a necessidade de proteger as crianças e jovens da publicidade aos alimentos com elevado teor de gorduras, sais e açúcares e de adotar medidas de prevenção da obesidade e do sedentarismo e de melhoria dos hábitos alimentares, instando desde logo a Comissão Europeia a equacionar da

---

<sup>461</sup> Cf. FÁBIO JUN CAPUCHO, *Publicidade infantil : necessidade de regulamentação específica?*, 2013, p. 629.

<sup>462</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet*, 2014, p. 152.

<sup>463</sup> Cf. ainda os textos de referência propostos pela Direção-Geral do Consumidor, disponíveis na WWW:<[https://www.consumidor.gov.pt/consumidor\\_4/educacao-ao-consumidor/textos-de-referencia.aspx](https://www.consumidor.gov.pt/consumidor_4/educacao-ao-consumidor/textos-de-referencia.aspx)> [Consult. 09.05.2021].

<sup>464</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 68.



necessidade de regras mais estritas relativamente a anúncios publicitários destinados a crianças e jovens.<sup>465</sup>

Entre nós, o artigo 13.º CPub proíbe a publicidade “que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, nomeadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial suscetibilidade da verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria”, e determina que a publicidade não deve apresentar situações de insegurança (a todos os níveis, o que inclui o plano alimentar) e que tal deve ser particularmente acautelado, entre outros, no caso da publicidade dirigida a crianças e adolescentes.

Mais recentemente a Lei n.º 30/2019 de 23 de abril introduziu restrições à publicidade dirigida a menores de 16 anos de géneros alimentícios e bebidas que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados. As normas aditadas proíbem a publicidade a tais produtos em estabelecimentos de ensino pré-escolar, básico e secundário e em atividades desportivas, culturais e recreativas por eles organizadas, em parques infantis públicos e abertos ao público, num raio circundante de 100 metros dos acessos daqueles locais, em serviços de programas televisivos e serviços de comunicação audiovisual a pedido e na rádio nos 30 minutos anteriores e posteriores a programas infantis, e a programas televisivos que tenham um mínimo de 25 % de audiência inferior a 16 anos, bem como na inserção de publicidade nas respetivas interrupções, em publicidade realizada nas salas de cinema, nos filmes com classificação etária para menores de 16 anos, em publicações destinadas a menores de 16 anos, e na internet, através de sítios páginas ou redes sociais, bem como em aplicações móveis destinadas a dispositivos que utilizem a internet, quando os seus conteúdos tenham como destinatários os menores de 16 anos.

---

<sup>465</sup> Cf. Relatório sobre uma estratégia de reforço dos consumidores vulneráveis (2011/2272 (INI), ponto 24.

Também a lei da televisão e dos serviços audiovisuais a pedido reflete a mesma consciência no n.º 8 do artigo 41.º-A, que preceitua que “não é admitida a apresentação, durante a exibição de programas infantis, de qualquer tipo de mensagens comerciais suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento físico e mental dos menores, designadamente as relativas a alimentos e bebidas que contenham nutrientes e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico cuja presença em quantidades excessivas no regime alimentar não é recomendada”. Trata-se de uma norma direcionada de um modo particular aos alimentos processados com excesso de gordura, sal ou açúcar, de uma forma geral apreciados pelas crianças e utilizados pelos pais nos lanches infantis, pela facilidade de preparação e utilização.

A esta prática não é alheio o facto de, na publicidade e rotulagem, a presença daqueles nutrientes e substâncias nocivos ser “encoberta” pelas menções positivas a outras componentes desses mesmos alimentos (como sejam as vitaminas e minerais). A propósito, a Direção-Geral do Consumidor, na sua “Recomendação aos agentes económicos relativa à utilização de alegações de saúde na publicidade”<sup>466</sup> reporta-se ao Regulamento relativo às alegações nutricionais e de saúde sobre os alimentos<sup>467</sup>, em cujos considerandos iniciais fica bem patente a preocupação com as alegações que visem especificamente uma determinada categoria de consumidores como as crianças, em relação às quais o impacto das alegações deve ser aferido na ótica do consumidor médio dessa categoria.<sup>468</sup> Ademais, deve ser rigorosa a avaliação das alegações de saúde que não refiram a redução de um risco de doença ou o desenvolvimento e a saúde das crianças.<sup>469</sup> No seguimento, o Regulamento (UE) n.º 432/2012 da Comissão, de

---

<sup>466</sup> Cf. recomendação disponível na WWW:<  
<https://www.consumidor.gov.pt/comunicacao/recomendacoes/recomendacao-aos-agentes-economicos-relativa-a-utilizacao-de-alegacoes-de.aspx>> [Consult. 05.05.2021].

<sup>467</sup> Regulamento (CE) n.º 1924/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, com sucessivas modificações.

<sup>468</sup> Cf. Considerando (16).

<sup>469</sup> Cf. Considerando (26) e artigos 13.º (alegações de saúde que não refiram a redução de um risco de doença ou o desenvolvimento e a saúde das crianças) e 14.º (alegações relativas à redução

16 de maio de 2012 estabelece a lista de alegações de saúde permitidas, bem como as condições de utilização e restrições para cada nutriente, substância, alimento ou categoria de alimento.

Esta matéria não pode nem deve ser inquietude exclusiva das famílias, dado que os efeitos nefastos de uma alimentação desequilibrada (tal qual como os do tabaco, estupefacientes e abuso de bebidas alcoólicas) conduzirão a problemas de saúde pública, que todos os cidadãos serão chamados a minorar por via do seu estatuto de contribuintes. Importa valorizar a prevenção (o que inclui a regulamentação da publicidade infantil) para salvaguarda dos direitos infantis e da sociedade como um todo.<sup>470</sup>

Impõe-se, por último, uma referência à *associação* de alimentos a entretenimento, concretizada nas práticas comerciais e mensagens publicitárias que utilizam ídolos, personagens ou mascotes, bem como na oferta de brinquedos ou brindes com as refeições infantis.<sup>471</sup> Esta última prática é muito frequente nas cadeias de restauração de *fast-food*, sendo os brinquedos que integram os menus infantis, em regra, exclusivos, efémeros e colecionáveis.<sup>472</sup> Pablo José Assolini aborda este fenómeno, já batizado de *eatertainment*<sup>473</sup>, referindo-se igualmente ao papel dos meios de comunicação que veiculam estas estratégias comerciais:

“Se a publicidade por si só já influencia o público infantil, a possibilidade de proporcionar entretenimento à experiência de consumo é capaz de potencializá-la [...] As referências que grande parte do público infantil tem sobre alimentação estão diretamente ligadas às que são apresentadas para ela na TV, na internet e em

---

de um risco de doença e alegações relativas ao desenvolvimento e à saúde das crianças) do Regulamento.

<sup>470</sup> Cf. LARISSA MARIA DE MORAES LEAL e RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA, *A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional*, 2014, p. 54.

<sup>471</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 71-72.

<sup>472</sup> Cf. EKATERINE KARAGEORGIADIS, *Lanches Acompanhados de Brinquedos: Comunicação Mercadológica Abusiva Dirigida à Criança e Prática de Venda Casada*, 2014.

<sup>473</sup> Que em português poderia ser traduzido por comertimento, numa fusão das palavras comida e divertimento.

outros meios tecnológicos. E o que é posto em destaque pela propaganda não é o valor nutricional dos alimentos, mas a capacidade de entreter, de tornar o cotidiano da criança mais divertido”.<sup>474</sup>

As mensagens publicitárias que estimulam o consumo de alimentos pobres em nutrientes, com recurso a ferramentas lúdicas ofendem o princípio da identificabilidade da publicidade (dadas as dificuldades de percepção da mensagem publicitária pelas crianças) e induzem a comportamentos prejudiciais à saúde, com a agravante de se dirigir a destinatários em idade de consolidação dos hábitos alimentares.<sup>475</sup>

Ekaterine Karageorgiadis considera os “lanches com brinquedos” uma comunicação mercadológica abusiva e ilegal, quer por se tratar de publicidade dirigida diretamente à criança e que pode prejudicar a sua saúde, quer pela prática da chamada “venda casada”, quando os brinquedos não são vendidos separadamente.<sup>476</sup> As crianças “desejam o brinquedo e, para isso, demandam o alimento que o fornece”, enuncia a jurista, também Conselheira do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), no Brasil. Sendo o brinquedo o principal atrativo para a criança, quando a aquisição do brinquedo é condicionada à compra dos alimentos e/ou não é prestada informação acerca da possibilidade de comprar os alimentos e os brinquedos separadamente, estamos

---

<sup>474</sup> PABLO JOSÉ ASSOLINI cit. por EKATERINE KARAGEORGIADIS, *Lanches Acompanhados de Brinquedos: Comunicação Mercadológica Abusiva Dirigida à Criança e Prática de Venda Casada*, 2014, p. 15.

<sup>475</sup> Cf. LARISSA MARIA DE MORAES LEAL e RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA, *A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional*, 2014, p. 52.

<sup>476</sup> Em Portugal o artigo 9.º n.º 6 LDC preceitua que “é vedado ao fornecedor ou prestador de serviços fazer depender o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço da aquisição ou da prestação de um outro ou outros”. O artigo 27.º LCDFE, entretanto revogado, proibia também as vendas ligadas nos seguintes termos: “1 - É proibido subordinar a venda de um bem ou a prestação de um serviço à aquisição pelo consumidor de um outro bem ou serviço junto do fornecedor ou de quem este designar. 2 - O disposto no número anterior não se aplica sempre que estejam em causa bens ou serviços que, pelas suas características, se encontrem entre si numa relação de complementaridade e esta relação seja de molde a justificar o seu fornecimento em conjunto.”

perante uma prática comercial que atenta contra os interesses económicos do consumidor e o seu direito de livre escolha.

Em segundo lugar, destacamos os conflitos familiares, pela relação causal entre a exposição à publicidade, os pedidos de aquisição dos menores aos pais, e os conflitos familiares gerados quando tais apelos ao consumo não são correspondidos no seio familiar. O CESE aponta que estes conflitos são mais frequentes nas famílias de estatuto socioeconómico inferior, por incapacidade financeira, menor capacidade de diálogo e mais tempo passado pelos infantes frente à televisão. Além disso, como adverte o órgão consultivo europeu, o incitamento ao consumo pode conduzir ao sobre-endividamento familiar, resultado do estímulo a “hábitos de consumo pautados pelo excesso” e da criação de desejos artificiais.<sup>477</sup>

Nas legislações europeias<sup>478</sup>, entre os quais a nacional, este mesmo entendimento está patente nas normas que proíbem a publicidade que se socorra deste apelo infantil aos adultos.<sup>479</sup> Entre nós, o artigo 14.º n.º 1 b) CPub determina que a publicidade se deve abster de “incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão” e o artigo 12.º e) LPCD inclui na designada “lista negra” das práticas consideradas agressivas em qualquer circunstância, “incluir em anúncio publicitário uma exortação direta as crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados”.

Estes conflitos familiares radicam fundamentalmente em divergências intergeracionais ou constrangimentos financeiros das famílias. Seja pela

---

<sup>477</sup> Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.6 e 4.7)

<sup>478</sup> Para uma análise de direito comparado, Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Controle da publicidade infantil em Direito Comparado*, 2010.

<sup>479</sup> No Brasil, Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007. O autor exemplifica com anúncios publicitários em que o *slogan* de exortação infantil aos pais (no caso, “não esqueça minha caloi”) foi de tal forma notabilizado que se transferiu para a linguagem coloquial como sinónimo de pressão psicológica.

mundividência moral e social, com reflexo nos padrões de comportamento e consumo que pretendem legar aos seus filhos, seja por dificuldades orçamentais, os progenitores não querem ou não podem aceder a todos os pedidos dos menores, o que motiva nestes uma reação de “frustração-agressão”<sup>480</sup> quando o ilusório que construíram através da comunicação comercial não encontra correspondência na realidade.<sup>481</sup>

Os menores definem os consumos familiares, induzidos através da “utilização – dir-se-ia até, manipulação – dos sentimentos dos pais em face da vontade dos filhos”, favorecida por fatores como a vontade de agradar aos filhos (em compensação das ausências quotidianas, designadamente por imperativos laborais), a culpabilização dos pais divorciados, a igualação dos menores com os seus pares e a “identificação dos menores-espectadores com os menores-intérpretes dos anúncios televisivos”.<sup>482</sup>

Igor Rodrigues Britto relaciona a questão do controle público da publicidade infantil com os interesses sociais e a tutela constitucional da família. Numa visão que comungamos, o autor estabelece a conexão entre o comportamento de consumo saudável da criança e o exercício do poder familiar, e entre este e a publicidade, que fragiliza a autoridade parental, a harmonia familiar e a liberdade dos pais realizarem as escolhas em nome dos seus filhos. As práticas publicitárias que exploram o apelo

---

<sup>480</sup> Cf. PAULO ERNANI BERGAMO DOS SANTOS, *Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo*, 2011, p. 61.

<sup>481</sup> O “Projeto Criança e Consumo” do Instituto Alana, no Brasil, a propósito do “estresse familiar” derivado das mensagens comerciais dirigidas às crianças, assinala as seguintes premissas do problema: dizer “não” faz parte da educação da criança; a sedução consumista rouba dos pais o tempo necessário ao lado dos filhos; as mensagens dúbias ou enganosas abalam a confiança que a criança precisa ter nos adultos; com a falsa ideia de famílias sempre perfeitas, a publicidade gera desarmonia na relação familiar; ao estabelecer objetivos inalcançáveis, a publicidade contribui para gerar apatia e depressão; com mensagens deturpadas, a publicidade participa intensamente da educação das crianças; uma das estratégias do marketing é incitar as crianças a amolar os pais; no “vale-tudo” para vender, a publicidade enfraquece a autoridade dos pais ou responsáveis; a publicidade invade a privacidade do lar; a manobra publicitária menospreza a competência dos pais em educar os filhos; a publicidade tenta culpar os pais pelos danos que ela mesma causa às crianças. Cf. ALANA, *Por que a publicidade faz mal para as crianças*, 2009, p. 34-43.

<sup>482</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 70-71.



excessivo das crianças aos pais – que a doutrina identifica como fator insistência, amolação ou NAG<sup>483</sup> – estão assim na gênese de conflitos familiares pelo confronto de vontades das crianças e progenitores, e esta questão não se circunscreve às responsabilidades parentais, mas antes envolve uma responsabilidade tripartida entre família, Estado e sociedade. Responsabilidade aliás refletida no imperativo constitucional da proteção da família em ordem à “efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”, o que inclui, da parte do Estado, a incumbência de “cooperar com os pais na educação dos filhos” (artigo 67.º CRP).

Em terceiro lugar, uma das principais consequências da exposição dos menores à publicidade desregulada é a adulteração de valores, de modo particular a irradiação de valores consumistas, com preponderância do materialismo sobre o humanismo, da cultura do “ter” ao invés do “ser”.<sup>484</sup> Bergamo dos Santos identifica algumas destas influências da publicidade na formação e no comportamento das crianças, entre as quais o falso conceito de felicidade, fundado no consumo, e a desvalorização das especificidades de cada indivíduo, fruto da padronização de objetos de consumo detidos pelas pessoas de sucesso.<sup>485</sup> Também Lucas Bezerra alude ao “fortalecimento de valores materialistas, a diminuição de brincadeiras recreativas, o encorajamento do egoísmo, da passividade, do conformismo”<sup>486</sup> entre

---

<sup>483</sup> Respetivamente atribui-se o termo “fator amolação” a SUSAN LINN (traduzida por Cristina Tognelli), “fator insistência” a JULIET SCHOR e “fator NAG” a JUDITH SCHOOLMAN e ainda a VICTORIA TUR VIÑES e IRENE RAMOS SOLER - Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil*, 2011, p. 115 e anotação 7.

<sup>484</sup> Evocamos aqui a “Balada da Sociedade de Consumo” de MANUEL ALEGRE (“Havia a sociedade de consumo/ Mas eles perguntavam: e o homem? É só o que consomem [...] Havia o verbo ser e o verbo ter/ havia o não haver e o haver demais./ Mas eles perguntavam: e viver?/ É só este não ser para ter mais? [...]”) e o final do poema “Eu, Etiqueta” de CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE (“[...] Já não me convém o título de homem. Meu nome novo é coisa. Eu sou a coisa, coisamente”).

<sup>485</sup> Cf. PAULO ERNANI BERGAMO DOS SANTOS, *Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo*, 2011, p. 62.

<sup>486</sup> Cf. LUCAS AUGUSTO MARTINS BEZERRA, *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: por que o tratamento de dados pessoais de adolescentes dispensa o consentimento parental?*, 2021, p. 340.



as possíveis consequências dos anúncios direcionados ao público infantojuvenil. Numa escala mais global, a doutrina apresenta a contradição entre a diversidade de hábitos familiares e culturais locais e a uniformidade de meios e conteúdos com que as marcas lançam os seus produtos no mercado, independentemente do grau de desenvolvimento económico dos países onde a publicidade é transmitida.<sup>487</sup>

Num contributo da psicologia, Márcia Moraes termina a sua reflexão sobre o impacto dos *media* na formação de consumidores jovens e adultos com algumas considerações sobre o consumismo, que qualifica como “um novo tipo de escravidão” e que importa distinguir do consumo, na medida em que o consumismo traduz a conceção de viver para consumir, de forma instantânea e “malabarista”, enquanto o consumo implica o consumir para viver, de forma sustentável e de valorização da cidadania.<sup>488</sup>

Às profundas alterações a nível de referências valorativas a que assistimos atualmente, de modo particular nas camadas mais jovens da população, não são alheias as pressões psicológicas imprimidas pela necessidade de integração no grupo<sup>489</sup>, em que os produtos de consumo surgem como “agente socializador”<sup>490</sup>, com o reverso do “bullying de marca”<sup>491</sup> em ambiente escolar, potencialmente catalisador de comportamentos desviantes ou contextos de exclusão. Como já referimos, é fundamental a informação e formação para o uso correto das tecnologias de informação e para a interpretação das mensagens publicitárias como forma de evitar este “consumismo de ‘marca’”<sup>492</sup> e suas implicações negativas.

---

<sup>487</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 70-71.

<sup>488</sup> Cf. MÁRCIA AMARAL CORRÊA DE MORAES, *O Impacto da Mídia Publicitária e Relacional na Formação de Consumidores Jovens e Adultos*, 2012, p. 110-111.

<sup>489</sup> Já que “o ser humano é não só um ser social como também tribal. O consumo também tem capacidade integradora e/ou diferenciadora” – Cf. BEJA SANTOS, *Do surgimento da produção em série à actual sociedade de consumo e comunicação*, 1997, p. 40.

<sup>490</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 82.

<sup>491</sup> Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.8).

<sup>492</sup> Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal*, 2013, p. 144-145.

Deveria ser preocupação dos anunciantes, operadores econômicos e meios de comunicação social, ainda que numa ótica meramente ética ou de responsabilidade social, aproveitar a publicidade, mormente a que tem os menores como destinatários, para a difusão de valores positivos<sup>493</sup> de convivência social. Afinal, “se a publicidade é um discurso sobre a sociedade, o que for dito sobre a publicidade será igualmente revelador dos valores da sociedade”<sup>494</sup>, pelo que são inquietantes os “fenómenos de aculturação”<sup>495</sup> promovidos pela atividade publicitária, que comprometem o tipo de consumidores adultos em que estes menores se irão converter.

As estatísticas apresentadas por Juliet Schor<sup>496</sup> revelam a percepção de causalidade entre a publicidade e a disseminação de valores consumistas, como sejam a correlação entre, por um lado, a publicidade dirigida aos menores e a necessidade dos produtos publicitados como condição de aceitação no grupo e, por outro, entre essa necessidade dos filhos e as dificuldades educativas sentidas pelos pais. A mesma autora explicita a elevada percentagem de pais que concordam que o *marketing* e a publicidade pressionam as crianças para compras dispendiosas, supérfluas ou prejudiciais à saúde e que a publicidade dirigida às crianças tem efeitos negativos na sua visão do mundo e na criação de valores materialistas, os mesmos pais que, sem descurar a sua própria responsabilidade, criticam as práticas do mercado publicitário.

Entre nós, em 2011, o Instituto de Apoio à Criança reuniu um conjunto significativo de estudos, de diferentes áreas do saber, a propósito do tema da

---

<sup>493</sup> Igor Britto identifica como alguns desses valores fundamentais a amizade, honestidade, justiça e generosidade, bem como o combate aos estereótipos, a inclusão das minorias e o reforço das relações familiares - Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p.92.

<sup>494</sup> J. LAFFINEUR e P. DEJEMEPPE, cit. por MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 57.

<sup>495</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p.57.

<sup>496</sup> Cit. por IGOR RODRIGUES BRITTO, *O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil*, 2011, p. 119.

Criança e do Consumismo, fenómeno este que caracterizou como um “conjunto de atitudes e comportamentos suscetíveis de induzir ao consumo indiscriminado, perigoso ou impulsivo”<sup>497</sup>, acentuado, entre outros fatores, pela manipulação das comunicações comerciais. São dados de outras ciências a que o Direito não pode ficar indiferente, numa multidisciplinariedade premente na definição das políticas de proteção dos menores e dos consumidores. Uma vez que a publicidade consumista frequentemente transmite estereótipos, modelos de convivência, valores e atitudes<sup>498</sup>, outras repercussões sensíveis se podem sinalizar. Uma delas são os efeitos da absorção, por crianças, de conteúdos de teor adulto (como os apelos sexuais ou violentos que integram algumas mensagens publicitárias), que podem ser desastrosos em termos educativos<sup>499</sup> ou contribuir para uma *erotização* precoce. Outra é a potencialidade da comunicação comercial contribuir negativamente para a criação ou manutenção de *estereótipos*, preconceitos ou discriminação, seja de género<sup>500</sup>, racial ou outra.

Por último, a questão da *violência* na publicidade e comunicações mercadológicas direcionadas ao público infantil, que Isabella Henriques aborda nas mais variadas vertentes: desde logo, para a autora, o mero direcionamento das mensagens a este público vulnerável é uma violência em si, dadas as razões que já

---

<sup>497</sup> Cf. IAC, *A Criança e o Consumismo*, 2011, p.1.

<sup>498</sup> Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal*, 2013, p. 130. Por contraponto à publicidade consumista, a autora refere a publicidade educativa (por exemplo, no âmbito de campanhas de prevenção do consumo de estupefacientes ou de defesa do meio ambiente).

<sup>499</sup> Cf. IGOR RODRIGUES BRITTO, *Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira*, 2007, p. 67-68.

<sup>500</sup> Pela sua valia, não poderíamos deixar de referir o projeto “PubliDiversidade: Representações Sociais e Igualdade de Género na Publicidade”, a propósito da representação mediática dos géneros na vertente publicitária, que assumia como um dos objetivos a sensibilização da comunicação social para o seu papel na desconstrução de estereótipos de género e na valorização da participação cívica. O sítio do Projeto, na WWW:< <https://sites.google.com/site/publiversidade/>> [Consult. 11.08.2020]., inclui um portefólio *online* de anúncios publicitários difundidos em Portugal, para discussão crítica e partilha pelos agentes sociais. Foi também notícia uma publicidade da Caixa Geral de Depósitos @, que motivou uma participação da Secretária de Estado dos Assuntos Parlamentares e Igualdade à ERC, pela forma subalterna e passiva como a mulher é apresentada - Cf. a notícia na WWW:< <http://observador.pt/2015/05/04/sexismo-secretaria-de-estado-manda-anuncio-da-caixa-para-regulador-dos-media/>> [Consult. 09.04.2021].

expusemos anteriormente para a necessidade de regulamentar esta forma de comunicação comercial; por outro lado, há situações em que a própria mensagem publicitária contem linguagem violenta ou de alguma forma incentiva à violência real;<sup>501</sup> finalmente, refere a “violência simbólica” que decorre do facto do “bombardeio publicitário” atingir indistintamente crianças e famílias com condições socioeconómicas mais favoráveis e as que vivem na pobreza, com marginalização destas últimas, expostas a um “mundo fantástico” de bens de consumo que não têm condições de consumir.<sup>502</sup>

### **3.3. Aspetos da personalidade do menor em ambiente digital**

A primeira questão, incontornável, é a de que as tecnologias são onnipresentes, como uma “espécie de gadgets da pessoa humana”.<sup>503</sup> Que não servem apenas como instrumentos de conexão, mas definem a própria forma como as pessoas interagem com as demais.<sup>504</sup> Imersos em tecnologias desde o nascimento, os menores usam a internet de um “modo mais ‘natural’”<sup>505</sup> do que os

---

<sup>501</sup> Entre nós, é proibida a publicidade que estimule ou faça apelo à violência, bem como a qualquer atividade ilegal ou criminosa (artigo 7.º n.º 2 CPub), mas há anúncios publicitários a brinquedos e videojogos que dificilmente se mantêm nesta fronteira.

<sup>502</sup> Cf. ISABELLA HENRIQUES, *A violência no âmbito da publicidade voltada ao público infantil*, 2014, p. 181. Para a autora até as crianças de contextos socioeconómicos favorecidos “não irão encontrar a satisfação plena de seus desejos construídos pela publicidade” no consumo excessivo, até porque “nunca será possível a uma família absorver a rapidez dos lançamentos mais que diários de brinquedos, roupas, artigos eletrônicos, etc. que o mercado promove em escala mundial”.

<sup>503</sup> Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p. 75.

<sup>504</sup> Cf. SEIITI ARATA JÚNIOR, *Regulação tecnológica e jurídica das redes sociais (sociais networks)*, 2005, p. 624.

<sup>505</sup> Cf. MARÍA CRISTINA LORENTE LÓPEZ, *La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las nuevas tecnologías*, 2015, p. 209.

adultos, para eles o ciberespaço é parte integrante da vida e da socialização<sup>506</sup>, numa constante fusão dos mundos analógico e digital<sup>507</sup>, real e virtual<sup>508</sup>, *offline* e *online*.

O expoente máximo desta conectividade são as *redes sociais*, que podem ser definidas como “ferramentas informáticas onde, através da criação de um perfil, com informação pessoal disponibilizada pelo próprio utilizador, e do estabelecimento de uma rede de contactos com os outros utilizadores, é possível a interacção social entre utilizadores e a partilha de conteúdos”.<sup>509</sup> As redes sociais caracterizam-se por ser um “espaço virtual retroalimentado”<sup>510</sup> em que os utilizadores simultaneamente consomem informação e contribuem com conteúdos por si criados, acrescentando, pela sua participação, valor à própria rede<sup>511</sup>, num fluxo de comunicação multimodal.<sup>512</sup>

Mais do que utilizar redes sociais, as crianças e jovens vivem dentro das redes sociais, assumidas como o “habitat” onde partilham vivências, comunicam e se relacionam<sup>513</sup>, atraídos “pela potencialidade da fantasia de ser ouvido”<sup>514</sup>, resposta às necessidades humanas de atenção e pertença a uma comunidade.<sup>515</sup> A integração na sociedade implica a presença nas redes sociais, num hamletiano “ser

---

<sup>506</sup> Cf. ANA MARÍA GIL ANTÓN, *Privacidad del menor en Internet? : «me gusta» todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!*, 2015, p. 131.

<sup>507</sup> Cf. ÓSCAR JARAMILLO, *El futuro de la vida pública y privada en las redes sociales*, 2013, p. 395.

<sup>508</sup> Cf. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA E ALEXANDRE SANTOS, *A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 269.

<sup>509</sup> Cf. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA E ALEXANDRE SANTOS, *A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 262.

<sup>510</sup> Cf. ANA MARÍA GIL ANTÓN, *El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales*, 2012, p. 219.

<sup>511</sup> Cf. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA E ALEXANDRE SANTOS, *A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 265.

<sup>512</sup> No sentido de que incorpora partilha de textos, imagens e vídeos, espaços de conversação, aplicações, etc. - Cf. SONIA LIVINGSTONE, KJARTAN ÓLAFSSON E ELISABETH STAKSRUD, *Risky social networking practices among “underage” users: Lessons for evidence-based policy*, 2013, p. 303.

<sup>513</sup> Cf. ANA MARÍA GIL ANTÓN, *El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales*, 2012, p. 211.

<sup>514</sup> Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p. 76.

<sup>515</sup> Cf. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA E ALEXANDRE SANTOS, *A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 260.

2.0 ou não ser”<sup>516</sup> que (n)os impulsiona a estar “no mundo do consumo tecnológico e midiático sob pena de nos tornamos invisíveis”<sup>517</sup>. Conscientes desta realidade, os menores expõem-se nas redes sociais para aproximação aos seus pares<sup>518</sup> e como “meio de projeção da personalidade”<sup>519</sup>, até ao ponto em que “os utilizadores passem a necessitar (mais do que querer) das redes sociais”.<sup>520</sup> E nesta avidez comunicativa, a privacidade passa para segundo plano.<sup>521</sup>

O conceito de privacidade é subjetivo, na medida em que “cada pessoa define quais as partes da sua existência que deseja compartilhar e quais prefere salvaguardar”.<sup>522</sup> Mas nem sempre esta partilha é intencional, porquanto o rasto que deixamos quando acedemos à internet, potenciado pela nossa atividade *online* como consumidores e participantes em redes sociais<sup>523</sup> expõe aspetos da nossa vida privada e constitui em si mesma informação valiosa que pode ser aproveitada por outrem<sup>524</sup>. Jaramillo elenca as cinco fontes de informação de carácter privado nas redes sociais: o próprio utilizador, que disponibiliza voluntariamente informação; outros utilizadores das mesmas redes, amigos ou desconhecidos; empresas que recolhem informação nas redes sociais; a própria rede social, que processa

---

<sup>516</sup> Cf. PERE SIMÓN CASTELLANO, *El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos*, 2013, p. 466.

<sup>517</sup> Cf. ALESSANDRA ALCÂNTARA, *A representação infantil sobre o brincar em ambiente virtual*, 2017, p. 156.

<sup>518</sup> Cf. LUIS LINGNAU DA SILVEIRA, *A proteção de dados pessoais e a Internet*, 2011, p. 141.

<sup>519</sup> Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p. 85.

<sup>520</sup> Cf. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA E ALEXANDRE SANTOS, *A proteção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 269.

<sup>521</sup> Cf. ANA MARÍA GIL ANTÓN, *Privacidad del menor en Internet? : «me gusta» todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!*, 2015, p. 100-101.

<sup>522</sup> Tradução nossa. No original: “Cada persona define qué parcelas de su existencia desea compartir y cuales prefiere salvaguardar” - Cf. ANA MARÍA GIL ANTÓN, *Privacidad del menor en Internet? : «me gusta» todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!*, 2015, p. 99.

<sup>523</sup> Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *La protección de datos de carácter personal del consumidor en el mercado único digital*, 2016, p. 208.

<sup>524</sup> Cf. ANA MARÍA GIL ANTÓN, *Privacidad del menor en Internet? : «me gusta» todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!*, 2015, p. 99.



informação sobre a atividade dos utilizadores; e os motores de busca que indexam e disponibilizam as informações dos vários perfis.<sup>525</sup>

Tudo isto vai consolidando uma “pegada digital”, que se inicia muitas vezes ainda enquanto nascituros (ex.: fotografia da ecografia partilhada pelos futuros pais numa rede social), continuando com toda a informação recolhida em casa (ex.: *smart toys* e monitores de vigilância parental), *online* (ex.: dados de navegação, partilhas nas redes sociais, aplicações) e noutros locais (ex.: dispositivos de localização, bases de dados escolares, registos médicos, entre outros), e incrementando quando o próprio menor passa a utilizar autonomamente as plataformas digitais (estima-se que ao atingir 18 anos um menor tenha feito, em média, 70 000 *posts* nas redes sociais).<sup>526</sup>

Um aspeto crucial é o da “autopublicização da vida privada”<sup>527</sup> concretizada nos dados e conteúdos partilhados pelos utilizadores e nas suas interações com os demais. E se, entre utilizadores que só na idade adulta se familiarizaram com tecnologias e acompanharam a sua emergência, ainda é patente alguma preocupação com a divisória entre as dimensões pública e privada da vida e com a preservação da intimidade, é nos mais jovens que mais se evidencia o que Nery qualifica como “erosão” do anonimato, “como se estivéssemos aprisionados por nós mesmos ao dever constante de prestar contas do que se está a fazer a pessoas ou entes que na sua grande maioria sequer conhecemos”.<sup>528</sup> As redes sociais,

---

<sup>525</sup> Cf. ÓSCAR JARAMILLO, *El futuro de la vida pública y privada en las redes sociales*, 2013, p. 400.

<sup>526</sup> Cf. dados do estudo “*Who knows what about me?*”, promovido pelo Children’s Commissioner for England, de novembro de 2018, disponível na WWW:<<https://www.childrenscommissioner.gov.uk/publication/who-knows-what-about-me/>> [Consult. 03.12.2020].

<sup>527</sup> Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p.74.

<sup>528</sup> Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p. 75.



convertidas em “diário em direto”<sup>529</sup> da vida, conduzem à desvalorização gradual do significado de intimidade.

Tratando-se de direitos de personalidade de menores, temos de distinguir três hipóteses, consoante a fonte da partilha de informações de natureza pessoal sejam a) os pais; b) o próprio menor; ou c) terceiros.

*a) Informação partilhada pelos pais*

No primeiro caso, a disposição, pelos progenitores, de direitos de personalidade dos seus filhos terá de ser necessariamente guiada pelo “interesse dos filhos” que norteia o exercício das responsabilidades parentais (artigo 1878.º CC) e não pelo interesse dos próprios progenitores ou de algum deles na divulgação desses conteúdos. Ademais, cabe aos pais promover o “desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos” (artigo 1885.º CC), o que inclui naturalmente o equilíbrio entre os riscos e oportunidades do ciberespaço e do nível de presença nesse espaço. “A ânsia de nos enquadrarmos nestes meios de confraternização virtual não pode levar a uma derrogação de direitos essenciais sem qualquer ponderação, principalmente quando se trata de crianças que devem ser preservadas e não expostas”.<sup>530</sup> Importa, pois, que os progenitores ponderem as repercussões da exposição mediática no presente e no futuro da vida do filho, bem como a esfera de destinatários dessa divulgação, para – de forma altruísta e funcionalizada pelo interesse do menor<sup>531</sup> – tomarem a decisão parental de publicar ou não os conteúdos.

---

<sup>529</sup> Cf. ISABEL SERRANO MAÍLLO, *El derecho a la imagen de los menores en las redes sociales : referencia especial a la validez del consentimiento*, 2013, p. 446. A autora refere-se expressamente à publicação indiscriminada de imagens, próprias e de terceiros, sem preocupação de obtenção do seu consentimento (ou dos pais, no caso dos menores).

<sup>530</sup> Cf. ROSSANA MARTINGO CRUZ, *A criança no (admirável?) mundo novo das redes sociais*, 2018, p. 458.

<sup>531</sup> Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Podem os pais publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais?*, 2015, p. 333-

Quando excessiva, a partilha de informação pessoal dos menores pelos próprios progenitores traduz o fenómeno do *sharenting*, junção dos termos *share* (partilhar) com *parenting* (parentalidade), ou *oversharenting*, frequentemente concretizada sem conhecimento ou consentimento do próprio menor e associada a menores níveis de literacia digital dos pais.<sup>532</sup>

Em Portugal, o debate em torno desta problemática teve dois impulsos essenciais. O primeiro por um Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, em 2015, no âmbito de um processo de regulação das responsabilidades parentais em que se discutia a imposição aos progenitores do dever de se abster de divulgar fotografias ou informações que permitam identificar a filha nas redes sociais.<sup>533</sup> O Tribunal considerou que tal imposição era adequada e proporcional para salvaguarda da privacidade e segurança do menor no ciberespaço e que o respeito pela reserva da imagem e intimidade da vida privada do menor era uma obrigação natural dos pais porquanto

“Na verdade, os filhos não são coisas ou objectos pertencentes aos pais e de que estes podem dispor a seu belo prazer. São pessoas e consequentemente titulares de direitos. Se por um lado os pais devem proteger os filhos, por outro têm o dever de garantir e respeitar os seus direitos. É isso que constituiu o núcleo dos poderes/deveres inerentes às responsabilidades parentais e estas devem ser sempre norteadas, no «superior interesse da criança», que se apresenta, assim, como um objectivo a prosseguir por todos quantos possam contribuir para o seu desenvolvimento harmonioso: os pais, no seu papel primordial de condução e educação da criança; as instituições, ao assegurar a sua tutela e o Estado, ao adoptar

---

<sup>532</sup> Cf. KAREN MCCULLAGH, *The General Data Protection Regulation: A Partial Success for Children on Social Network Sites?*, 2016, p. 127-128.

<sup>533</sup> A propósito do Acórdão, Cf. MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Podem os pais publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais?*, 2015. E ainda Cf. ROSSANA MARTINGO CRUZ, *A criança no (admirável?) mundo novo das redes sociais*, 2018, p. 456.

as medidas tendentes a garantirem o exercício dos seus direitos e a sua segurança”.

534

Em moldes diferentes e no âmbito de um programa televisivo, foi polémica a participação de uma menor de 7 anos no *reality-show* “Supernanny”, em que os comportamentos problemáticos da criança eram registados em contexto familiar, incluindo momentos de maior intimidade, e avaliados do ponto de vista psicológico para sugestão de correções adequadas. A ERC recebeu 292 participações de cidadãos contra o operador de televisão que emitiu o programa e, na deliberação tomada, reconheceu a “existência de um espaço inviolável de intimidade e de livre desenvolvimento da personalidade dos menores cuja afetação, por colidir com a ordem pública, é independente da avaliação dos seus responsáveis legais, devendo os operadores televisivos tomar as medidas adequadas a evitar o risco de lesão daqueles direitos fundamentais”<sup>535</sup>. O programa foi, entretanto, retirado de antena, mas o Regulador recomendou para futuros programas com menores que, ainda que obtido o consentimento parental para a utilização da imagem e exposição da privacidade dos menores, o operador de televisão deve assegurar que tal exposição mediática seja realizada com ocultação de elementos de identificação ou centrada numa imagem mais positiva da criança.

O Ministério Público interpôs uma ação especial para tutela da personalidade, em representação dos menores protagonistas dos episódios transmitidos e outros já gravados, na qual a operadora de televisão foi condenada a retirar o acesso ao público a qualquer conteúdo dos programas, incluindo sítios de *internet*, redes sociais e canais que disponibilizem *streaming* de vídeo como o *youtube* e afins, bem como a não transmitir os programas seguintes ou utilizar filtros

---

<sup>534</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, no processo 789/13.7TMSTB-B.E1, de 25.06.2015, disponível na WWW:< <http://www.dgsi.pt/>> [Consult. 13.10.2020].

<sup>535</sup> Cf. Deliberação ERC/2018/93 (CONTPROG-TV), de 08/05/2018, disponível na WWW:< <https://www.erc.pt/pt/deliberacoes/>> (p.3) [Consult. 13.10.2020].

de imagem e voz para impedir a identificação dos menores. A operadora de televisão recorreu, entre outros fundamentos com o de que, tendo os menores manifestado vontade de participar no programa e existindo autorização parental, era admissível a autolimitação dos direitos de personalidade dos menores. O Tribunal da Relação considerou nulo o consentimento dos pais por violação de normas imperativas que impunham a prévia autorização da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens à participação no programa<sup>536</sup> e considerou improcedente o recurso<sup>537</sup>, decisão que foi secundada pelo Supremo Tribunal de Justiça, para quem o consentimento dos pais é irrelevante por estarmos perante uma *instrumentalização* do menor “contrária à ordem pública, pois ofende um dos valores ‘contidos’ na e protegidos pela ordem pública – o valor inderrogável, irrenunciável e indisponível da dignidade humana.”<sup>538</sup>

A questão chegou ainda à justiça constitucional, a propósito da norma que impõe a autorização prévia da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens, por recurso da operadora de televisão que a considerou uma “limitação desnecessária e desproporcional dos direitos fundamentais à liberdade de expressão e informação (em especial, dos operadores e produtores televisivos), bem como do direito dos pais a educar os seus filhos sem a intromissão do Estado na vida familiar”. O Tribunal Constitucional não julgou a norma inconstitucional e frisou, por um lado, que o direito de os pais educarem os seus filhos não é um direito individual, mas antes um poder-dever no superior interesse dos filhos e, por outro lado, que a participação dos menores em espetáculos ficar sujeita ao referido procedimento de autorização não ofende a liberdade de expressão e informação, mas visa tão

---

<sup>536</sup> Cf. Lei n.º 105/2009, de 14 de setembro, na sua versão atual.

<sup>537</sup> Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, no processo 336/18.4T8OER.L1-6, de 11.12.2018, disponível na WWW:< <http://www.dgsi.pt/>> [Consult. 13.10.2020].

<sup>538</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, no processo 336/18.4T8OER.L1.S1, de 30.05.2019, disponível na WWW:< <http://www.dgsi.pt/>> [Consult. 13.10.2020].

somente acautelar outro valor essencial numa sociedade democrática, o de a preocupação com o bem-estar das crianças.<sup>539</sup>

*b) Informação partilhada pelo próprio menor*

Já quando a partilha da imagem e vida privada seja feita pelo próprio menor, o papel dos progenitores é sobretudo de acompanhamento e supervisão<sup>540</sup>, no reconhecimento da progressiva *maturidade* dos filhos. Dispõe o artigo 1878.º n.º 2 CC que os filhos devem obediência aos pais, mas estes devem, de acordo com aquela maturidade, “ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”, o que inclui a monitorização responsável dos comportamentos do menor *off* e *online*. Esta promoção gradual da autonomia reflete um dos pilares da CNUDC, de que a orientação da criança corresponda à evolução das suas capacidades, enquanto sujeito em desenvolvimento<sup>541</sup>, ser e devir (*being and becoming*)<sup>542</sup> simultaneamente criança titular de direitos e adulto em formação.

O equilíbrio entre o controlo parental e a autonomia do menor não é tarefa fácil, sobretudo quanto aos limites daquele controlo e o respeito pela intimidade do próprio menor. Poderão os pais, com o objetivo de controlar a informação partilhada pelo próprio menor, aceder às suas contas e dispositivos? E quando os progenitores não estão de acordo? E quando os filhos, nativos digitais, têm maior domínio das tecnologias que os seus pais? A doutrina espanhola refere os desafios

---

<sup>539</sup> Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 262/2020, de 13.05.2020, disponível na WWW:< <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200262.html>> [Consult. 13.10.2020].

<sup>540</sup> Cf. ROSSANA MARTINGO CRUZ, *A criança no (admirável?) mundo novo das redes sociais*, 2018, p. 457. E Cf. ISABEL SERRANO MAÍLLO, *El derecho a la imagen de los menores en las redes sociales : referencia especial a la validez del consentimiento*, 2013, p. 440-441.

<sup>541</sup> Cf. artigos 5.º e 12.º CNUDC.

<sup>542</sup> Cf. EMMA UPRICHARD, *Children as ‘Being and Becomings’: Children, Childhood and Temporality*, 2008, p. 304.

inerentes a estas responsabilidades parentais digitais (“*potestad digital*”)<sup>543</sup> e referencia o marco da decisão do Supremo Tribunal num caso de *grooming* em que se discutiu o acesso, pela mãe, à conta de rede social da filha de 15 anos. Entendeu o Supremo que:

“Estamos a falar da mãe - e não qualquer outro indivíduo. É titular das responsabilidades parentais, concebidas não como um poder, mas como uma função protetora em relação ao menor. (...) Não pode o ordenamento atribuir aos pais obrigações de cuidar dos seus filhos menores e, ao mesmo tempo, despojá-los da capacidade de controlar em casos como o presente em que as evidências apontavam inequivocamente nessa direção.”<sup>544</sup>

*c) Informação partilhada por terceiros*

A partilha de informações feita por terceiros é uma prática comum em redes sociais e, pela utilização de *smartphones*, caracterizada pela imediatidade.<sup>545</sup> Tratando-se de imagens, importa aqui reiterar dois aspetos importantes. Primeiro, que fora das exceções do artigo 79.º n.º 2 CC<sup>546</sup>, tal partilha não pode ser efetuada sem o consentimento do identificado ou dos seus progenitores. E segundo, que esse consentimento deve estar presente em dois momentos distintos, o da captação da

---

<sup>543</sup> Cf. MIRIAM GUARDIOLA SALMERÓN, *Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España*, 2017, p. 15.

<sup>544</sup> Tradução nossa. No original: “Además estamos hablando de la madre -y no cualquier otro particular-. Es titular de la patria potestad concebida no como poder sino como función tuitiva respecto de la menor (...). No puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección.” — Cf. na WWW:<  
<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/7602675/abusos%20sexuales/20160219>>  
[Consult. 18.03.2021].

<sup>545</sup> Cf. ISABEL SERRANO MAÍLLO, *El derecho a la imagen de los menores en las redes sociales : referencia especial a la validez del consentimiento*, 2013, p. 438.

<sup>546</sup> Por exemplo, a exceção da notoriedade, tratando-se de um menor que seja figura pública (desportista, artista, influenciador, etc.) e ainda assim com a ressalva do artigo 79.º n.º 3 CC, de que a reprodução da imagem não seja atentatória da sua honra ou reputação.

imagem e o da publicitação da mesma na rede social, pelo que o facto de ser uma imagem obtida licitamente não legitima utilizações posteriores não consentidas.<sup>547</sup>

Coloca-se ainda a questão de saber se o consentimento previsto para reprodução da imagem ou aspetos da vida privada de outrem deve ser *expresso* ou pode ser *tácito*. Em geral, no nosso ordenamento, admitem-se declarações negociais tácitas quando se deduzem de factos que com toda a probabilidade revelam a vontade (artigo 217.º CC) e, quando falamos de atos lesivos dos direitos de outrem como será a violação de direitos de personalidade, presume-se o consentimento e exclui-se a ilicitude quando a lesão “se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível” (artigo 340.º CC). Estaria assim legitimada, por exemplo, a partilha de fotografias ou vídeos obtidos em contextos familiares, de amizade ou outros que não deixassem dúvidas quanto à utilização posterior dessas imagens e à concordância do visado para essas utilizações. No entanto, sendo muitos destes conteúdos subsumíveis ao conceito de “dados pessoais” constante do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD)<sup>548</sup>, teremos necessariamente de articular com o regime de licitude do tratamento desses dados previsto naquele instrumento legislativo vinculativo em todos os Estados-Membros. Significa isto que quando a condição de legitimidade para o tratamento de dados seja o consentimento do seu titular – e quando pensamos em conteúdos partilhados nas redes sociais, tal abrangerá a maioria das hipóteses<sup>549</sup> – esse

---

<sup>547</sup> Uma situação infelizmente exemplificativa desta situação é a designada pornografia da vingança (“*revenge porn*”) em que, terminado um relacionamento amoroso, um dos parceiros expõe publicamente, como forma de vingança, fotos ou vídeos íntimos do outro que foram captados com o seu consentimento, mas num contexto de intimidade.

<sup>548</sup> Cf. artigo 4.º 1) do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, entende-se por dados pessoais a “informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“titular dos dados”); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”.

<sup>549</sup> As demais condições de legitimidade incluem, nos termos do artigo 6.º RGPD a necessidade do tratamento de dados para a execução de um contrato, cumprimento de uma obrigação legal, defesa



consentimento deverá ser “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”<sup>550</sup>, o que afasta a possibilidade de consentimento tácito ou presumido.

Cumpre referir que o RGPD não se aplica ao tratamento de dados pessoais efetuado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas (artigo 2.º n.º 2 c) RGPD), que “poderão incluir a troca de correspondência e a conservação de listas de endereços ou a atividade das redes sociais e do ambiente eletrónico no âmbito dessas atividades”.<sup>551</sup> No entanto, os responsáveis pelo tratamento que forneçam os meios para tais atividades domésticas, bem como os que tratem dados pessoais no exercício das suas atividades profissionais ou comerciais ou quando o tratamento extravasa aquela esfera pessoal ou doméstica<sup>552</sup> ficam sujeitos às determinações do Regulamento.

Genericamente a privacidade do menor pode ser encarada sob três conceções: a privacidade decisória enquanto capacidade de os indivíduos fazerem escolhas de vida autónomas sem interferência externa; a privacidade informativa que decorre do controlo dos dados pessoais e das decisões baseadas nesses dados; e a privacidade física traduzida no direito ao espaço privado e integridade corporal.<sup>553</sup> Enquanto consumidores, o ambiente digital coloca desafios

---

de interesses vitais do titular, exercício de funções de interesse público ou autoridade pública ou interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros.

<sup>550</sup> Cf. Considerando 32 e artigo 4.º 11) RGPD.

<sup>551</sup> Cf. Considerando 18 RGPD.

<sup>552</sup> Cf. ANA MARÍA GIL ANTÓN, *Privacidad del menor en Internet? : «me gusta» todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!*, 2015, p. 118-119. A autora exemplifica como situações que não podem ser consideradas de carácter pessoal ou doméstico a aceitação indiscriminada de pedidos de amizade sem prévia relação, os perfis abertos para todos os utilizadores da rede ou a indexação através de motores de busca fora da rede.

<sup>553</sup> Cf. UNICEF, *Privacy, protection of personal information and reputation*, 2017, p.7. No original aqueles conceitos têm a designação, respetivamente, de “decisional privacy”, “informational privacy” e “physical privacy”.

particularmente exigentes à segunda daquelas dimensões, a da proteção da informação pessoal e o modo como os profissionais recolhem, analisam e comercializam os dados de menores. Diluídas as fronteiras entre o que é público e privado<sup>554</sup>, a partilha de informação nem sempre significa uma diminuição de privacidade, dependendo das finalidades e destinatários dessa partilha. A privacidade relaciona-se sobretudo com o controlo ou autodeterminação da informação respeitante a cada sujeito<sup>555</sup>. Como resume Agathon Fric,

“Nesse sentido uma *invasão* de privacidade ocorre quando uma das partes com acesso à informação recolhe, usa ou divulga parte ou a totalidade dela para uma finalidade ou de uma forma com a qual o indivíduo a *quem* a informação se refere não concordou. Por outras palavras, a privacidade é violada quando alguém perde o *controlo* sobre as suas próprias informações.”<sup>556</sup>

E aqui infletimos para o *aproveitamento comercial* que muitas vezes é feito das informações recolhidas de e/ou sobre menores. Em que a principal preocupação, como partilha Marta Morillas Fernández referindo-se às redes sociais, é o facto de os utilizadores “mostrarem a sua intimidade – extimidade – e desconhecem a utilização que desses dados é feita pelos prestadores de serviços na rede que, não nos esqueçamos, são empresas com finalidade económica.”<sup>557</sup>

---

<sup>554</sup> Cf. ÓSCAR JARAMILLO, *El futuro de la vida pública y privada en las redes sociales*, 2013, p. 399. E Cf. SEITI ARATA JÚNIOR, *Regulação tecnológica e jurídica das redes sociais (sociais networks)*, 2005, p. 620-621.

<sup>555</sup> Cf. KAREN MCCULLAGH, *The General Data Protection Regulation: A Partial Success for Children on Social Network Sites?*, 2016, p. 114.

<sup>556</sup> Tradução nossa. No original: “In this sense, an invasion of privacy occurs when one of the parties privy to the information collects, uses, or discloses some or all of it for a purpose or in a manner with which the individual whom the information is about did not agree. In other words, privacy is breached when one loses control over his or her own information” – Cf. AGATHON FRIC, *Access of Evil? Legislating Online Youth Privacy in the Information Age*, 2014, p. 144-145.

<sup>557</sup> Tradução nossa. No original: “La principal preocupación se circunscribe a que los sujetos usuarios de las redes exteriorizan la intimidad –extimidad– y desconocen en mayor medida la utilización que, de estos datos, se hace por parte de los proveedores de redes que, no lo olvidemos, son empresas con un fin económico” - Cf. MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ, *La Publicidad Infanto-Juvenil en España*, 2014, p. 74.

Em 2016, um estudo da Comissão Europeia sobre o impacto do marketing nas redes sociais, jogos *online* e aplicações móveis sobre o comportamento das crianças<sup>558</sup> revelou que a maioria dessas plataformas visa diretamente as crianças através de técnicas de *marketing* sofisticadas e pouco transparentes e que tal afeta claramente o comportamento das crianças, a que se aliam insuficientes medidas de proteção. O estudo incluiu a análise dos jogos *online* mais populares, bem como *focus groups* de pais e crianças e uma análise das estratégias regulatórias nos Estados-Membros da União Europeia. As principais conclusões foram que em todos os *advergames*, bem como metade dos jogos em redes sociais e aplicações móveis incorporavam alguma espécie de publicidade dissimulada ou contextual, sem medidas protetivas (tais como alertas ou diretrizes) destinadas aos próprios menores. Além disso, a maioria dos jogos exigia pagamento para progresso no jogo ou para evitar os anúncios publicitários, encorajava os utilizadores a passar mais tempo no jogo, a compras na aplicação para continuar ou melhorar a experiência de jogo e a um maior envolvimento através de opções de personalização ou integração em comunidades *online*. As experiências realizadas junto das crianças (6 a 12 anos) revelaram que o impacto destas estratégias de marketing era subliminar (i.e, afeta o comportamento das crianças sem que estas se apercebam) e significativo, quer ao nível das compras e montante gasto, quer ao nível de consumos (no caso, de aperitivos energéticos) publicitados no jogo.<sup>559</sup> Por outro lado, os pais entrevistados demonstravam naturais receios com a violência e *bullying online*, mas pouca inquietude com a exposição dos filhos a conteúdos comerciais e publicitários. Ainda no plano das perceções de crianças e pais relativamente a aplicações móveis, o estudo “hAPPy kids” da Universidade Católica Portuguesa evidencia que os

---

<sup>558</sup> Cf. sumário executivo, relatório final, ficha de dados e infográfico do estudo, disponíveis na WWW:<[https://ec.europa.eu/info/publications/study-impact-marketing-through-social-media-online-games-and-mobile-applications-childrens-behaviour\\_en](https://ec.europa.eu/info/publications/study-impact-marketing-through-social-media-online-games-and-mobile-applications-childrens-behaviour_en)> [Consult. 23.06.2020].

<sup>559</sup> Cf. ainda o estudo do Parlamento Europeu relativo às “caixas de recompensa” nos jogos e impacto nos consumidores mais jovens “*Loot boxes in online games and their effect on consumers, in particular young consumers*”, disponível na WWW:<[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL\\_STU\(2020\)652727\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/652727/IPOL_STU(2020)652727_EN.pdf)> [Consult. 22.03.2021].

“digitods”, os filhos dos primeiros “nativos digitais”, que têm acesso a dispositivos digitais desde jovens, não percebem as aplicações como perigosas, a que se alia uma escassa supervisão parental.<sup>560</sup>

Os menores são visados como público-alvo nas estratégias de *marketing* quer nos *media* mais tradicionais, em particular a televisão, quer nos novos *media*. Como resume Sandra L. Calvert, “como as crianças e os jovens são grandes utilizadores de *media* e os primeiros a adotar tecnologias mais recentes, o marketing de *media* e as campanhas publicitárias que usam tanto a televisão quanto os *media* mais recentes são caminhos eficientes para as casas e vidas das crianças”<sup>561</sup>. Há, no entanto, algumas diferenças entre estes meios. A autora analisa diversas técnicas de *marketing* que têm os mais jovens como alvo, muitas comuns à televisão e à internet (tais como a repetição da mensagem, a utilização de personagens ou celebridades, animação e recursos audiovisuais de captação da atenção, ofertas e prémios, colocação de produto, publireportagens e estratégias integradas de marketing) e outras exclusivas dos meios digitais (como os *advergames*, o *marketing* viral, *softwares* de rastreamento e agentes interativos).<sup>562</sup> O facto de os ambientes *online* serem, de um modo geral, menos regulados que os *media* tradicionais e mais propícios à personalização (ou *tailoring*) da mensagem torna-os mais eficazes do ponto de vista dos anunciantes.

---

<sup>560</sup> Cf. ambos os estudos disponíveis na página do Católica Research Centre for Psychological, Family and Social Wellbeing (CRC-W), na WWW:< <https://crc-w-ucp.wixsite.com/crc-w/publicacoes>> [Consult. 23.06.2020].

<sup>561</sup> Tradução nossa. No original: “Because children and youth are heavy *media* users and early adopters of newer technologies, *media* marketing and advertising campaigns using both television and newer *media* are efficient pathways into children’s homes and lives”- Cf. SANDRA CALVERT, *Children as Consumers: Advertising and Marketing*, 2008, p. 207.

<sup>562</sup> Cf. SANDRA CALVERT, *Children as Consumers: Advertising and Marketing*, 2008, p. 208 e segs.

## **CONCLUSÕES (CAPÍTULO II)**

- i) O conceito de consumidor é polissémico, no sentido de que nem sempre se cinge ao estrito âmbito contratual de uma dada relação jurídica de consumo, mas antes extravasa para um plano de cidadania. O elemento relacional, que estrutura o conceito de consumidor na relação intersubjetiva com o profissional, assume diversas configurações. Para além de adquirente de bens ou serviços de consumo, o consumidor atua, para finalidades não profissionais, como recetor de informações ou destinatário de mensagens publicitárias, que nele consolidam expetativas que devem ser juridicamente tuteladas, ainda que não haja um contrato de consumo. Defendemos, similarmente ao direito brasileiro, a extensão do conceito de consumidor às pessoas expostas às práticas comerciais, entre as quais a publicidade.
- ii) O sistema de proteção do consumidor esteia-se na presunção da vulnerabilidade deste sujeito, vulnerabilidade essa que é pluriforme, incluindo do ponto de vista técnico, económico, jurídico e informativo. A assimetria informativa, aliada a práticas comerciais insidiosas, e à falta de educação para o consumo contribui para a debilidade dos consumidores no mercado.
- iii) Em Portugal a figura do consumidor vulnerável não está ainda desenvolvida a nível legislativo, ao contrário do que acontece no ordenamento jurídico espanhol, em que a figura foi recentemente incluída na lei de defesa do consumidor, ainda que com alguma indeterminação e ambiguidade. A figura é de difícil concretização na medida em que a vulnerabilidade é multidimensional – ao estar relacionada com distintas variáveis, entre as quais a idade – e dinâmica, porquanto mutável ao longo da vida.
- iv) O entendimento do consumidor como sujeito vulnerável e a relação entre a informação e essa mesma vulnerabilidade sofreu, na jurisprudência e

legislação da União Europeia, alguma evolução, em particular no âmbito do regime das práticas comerciais desleais harmonizado pela Diretiva n.º 2005/29/CE. O acervo comunitário afastou-se da visão de um consumidor vulnerável que fundou o direito do consumo, valorizando a perspetiva de um consumidor médio, conceito que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia consolidou gradualmente como normalmente informado, razoavelmente atento e advertido e tendo em conta fatores sociais, culturais ou linguísticos. Todavia, o conceito de consumidor médio deve ceder quando estamos perante um grupo de consumidores particularmente vulneráveis ao produto ou à prática comercial, designadamente devido à sua idade ou credulidade, como é o caso dos menores. Mais recentemente o Tribunal de Justiça mostrou abertura para um conceito menos normativo e mais empírico de consumidor real, ao valorizar a perceção geral do consumidor, incluindo a componente não-textual da informação, como sejam os elementos visuais.

- v) As relações de consumo têm uma natureza transindividual, pelo que se impõe a ponderação da dimensão coletiva dos interesses dos consumidores. A tutela jurídica dos consumidores é, em regra, a dos interesses difusos dos consumidores considerados enquanto categoria, enquanto coletividade. E estes interesses difusos, pela sua fragmentação, são espaço de operatividade dos mecanismos de tutela coletiva.
- vi) O elevado nível de defesa dos consumidores é um dos objetivos das políticas da União Europeia e um dos direitos reconhecidos na carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Em Portugal, como noutros ordenamentos jurídicos, os direitos do consumidor estão incluídos no catálogo dos direitos fundamentais. Ao contrário dos direitos, liberdades e garantias, diretamente aplicáveis e vinculativos, os direitos económicos, como são os do consumidor, ficam condicionados a opções político-orçamentais do Estado. No entanto, o seu estatuto de direitos fundamentais

torna-os referencial de interpretação normativa e fiscalização de constitucionalidade.

- vii) Os consumidores são igualmente público dos meios de comunicação social, para os quais representam audiências. A multiplicação de ofertas mediáticas e consequente polarização das audiências modificaram a relação dos operadores entre si e com os consumidores, na medida em que a competitividade conduz à saturação publicitária junto dos consumidores, amiúde com obliteração dos seus direitos.
- viii) Entre as atividades legalmente instituídas para a atividade dos meios de comunicação social incluem-se a contribuição para a informação e formação do público e a promoção da cidadania e do pluralismo. Os *media* têm assim uma responsabilidade direta na educação e informação dos cidadãos e dos consumidores. A liberdade de comunicação e de programação deve ser pautada por esta responsabilidade jurídica, ética e social dos operadores de comunicação perante o seu público.
- ix) Os meios de comunicação social são suportes publicitários, e nessa qualidade, agem como intermediários entre os anunciantes e os consumidores a quem publicidade veiculada se dirige. Para os meios de comunicação, a publicidade assume o papel vital do seu financiamento, o que leva a um predomínio do interesse comercial sobre a função social dos meios de comunicação, com implicações ao nível da credibilidade e independência dos *media*.
- x) No panorama dos meios de comunicação, para além dos *media* tradicionais, impõe-se considerar as redes sociais, na esteira da revista Diretiva dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual, que aplica determinadas regras do setor audiovisual aos serviços de plataformas de partilha de vídeos e serviços de redes sociais em que o fornecimento de programas e de vídeos gerados pelos utilizadores constitua uma das suas funcionalidades essenciais. A convergência de regulação é justificada pela nivelação dos



modelos de negócio, pela finalidade de informação, entretenimento e educação e pelo impacto nos direitos das crianças e jovens e dos consumidores.

- xi) A pedra angular do sistema de proteção dos consumidores é o direito à informação, sendo sancionada a sua inexistência, inadequação, insuficiência ou inveracidade. A este direito corresponde, pelos profissionais, um dever de informar o consumidor de forma adequada, cabal e verdadeira, integrando, quando aplicável, deveres de assistência e aconselhamento. Os deveres de informação a cargo dos meios de comunicação social compreendem de forma direta os espaços reservados para o efeito no serviço público de rádio e televisão, e de forma indireta o seu contributo enquanto suportes publicitários de mensagens tendentes à comercialização de dado bem ou serviço de consumo. Os *media* são assim fontes ativas de informação aos consumidores, e como tal devem ser valorizados e responsabilizados.
- xii) A informação dos consumidores, por si só, é insuficiente, se desacompanhada da capacitação para a importância dessa informação e a sua integração nas decisões quotidianas. A formação dos consumidores é pressuposto da sua informação e determinante para minorar a sua vulnerabilidade. Entre as componentes da educação para o consumo em sentido amplo destaca-se a educação para a própria informação, incluindo a educação para os meios de comunicação social (designada por literacia mediática) e a educação para a publicidade. Esta educação para a cidadania envolve necessariamente formar os menores como futuros consumidores, de modo particular no domínio da publicidade e da literacia digital.
- xiii) Indissociável da sociedade de consumo, a publicidade existe na dicotomia informação/persuasão. Por um lado, a publicidade assume uma função informativa, sobre os bens ou serviços a adquirir ou o contrato de consumo a celebrar, decisiva para as escolhas e decisões negociais dos consumidores.

Por outro lado, a publicidade tem uma função persuasiva, de sugestão e estímulo subjetivo ao consumo, concretizada em técnicas de marketing de apelo aos sentidos e pendor psicológico. As dificuldades de articulação entre estas duas funções são reforçadas pela consideração da publicidade como fenómeno cultural, de criação de mercados de consumo e moldagem de padrões socioculturais.

- xiv) A regulação da publicidade não se considera censura ou injustificada restrição às liberdades, constitucionalmente consagradas, de expressão, informação e iniciativa privada. Desde logo, não se pretende controlar previamente as mensagens publicitárias, mas sim responsabilizar os sujeitos da atividade publicitária pela difusão de mensagens ilícitas. Por outro lado, dado o seu intento lucrativo, e, não obstante a sua dimensão criativa, dificilmente se poderá conferir à publicidade a proteção conferida à liberdade de expressão enquanto manifestação de uma opinião e pensamento. Ainda que assim fosse, pelo princípio da ponderação prática de interesses, poderiam esta liberdade ser restringida para salvaguarda de outros interesses constitucionalmente protegidos, como sejam os dos consumidores e dos menores (no caso da publicidade infantojuvenil). Por último, a iniciativa económica privada está sujeita ao requisito do “interesse geral”, o que motiva a responsabilidade social das empresas na correta informação dos consumidores.
- xv) A publicidade pode ser observada como uma atividade económica e como uma forma de comunicação comercial. Nesta última aceção, a publicidade está sujeita aos princípios da licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor. Juridicamente é valorada enquanto prática comercial, o que impõe a ponderação da diligência profissional do anunciante e impacto no comportamento do consumidor e a proibição da publicidade enganosa e agressiva. Por outro lado, as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias integram-se no conteúdo

do contrato e, enquanto declarações públicas sobre as características do bem, sustentam as razoáveis expectativas do consumidor quanto à sua qualidade e conformidade com o contrato celebrado.

- xvi) Os consumidores menores possuem uma dupla vulnerabilidade, conjugando a debilidade presumida aos consumidores em geral com a fragilidade inerente à menoridade. A tutela constitucional da infância, que dita a proteção da sociedade e do Estado com vista ao seu desenvolvimento integral, impõe a consideração da criança como pessoa em formação, em desenvolvimento biopsicológico. Nessa medida, a forma como são atingidos e afetados pela publicidade é diversa da que ocorre com o público dos consumidores adultos. Por um lado, os menores estão sujeitos a mais estímulos publicitários (pelo número de horas de consumo televisivo e utilização da internet, aliado à repetição exaustiva de mensagens publicitárias) e, por outro lado, não possuem ainda as competências cognitivas necessárias para a compreensão e decodificação dos conteúdos publicitários, mormente se inclusos em conteúdos de entretenimento audiovisuais e digitais.
- xvii) Um dos principais impactos da publicidade nos menores está relacionado com os seus hábitos alimentares, de modo mais evidente a obesidade infantil e outras doenças relacionadas com uma alimentação pouco saudável. Deve ser fiscalizada a publicidade que apresente situações de insegurança (incluindo alimentar) ou em que as alegações de saúde sejam indevidamente utilizadas pelos operadores económicos. A associação entre alimentos e entretenimento (designadamente pela utilização de personagens do imaginário infantil ou oferta de brinquedos em refeições infantis) deve ser proibida quando ofenda o princípio da identificabilidade publicitária ou induza a comportamentos prejudiciais à saúde. Os efeitos nocivos de uma má alimentação infantil conduzirão, no futuro, a problemas de saúde pública, o que reforça a necessidade de prevenção e da regulamentação da

publicidade infantil, também neste domínio, ser assumida como uma incumbência do Estado e dos agentes sociais.

- xviii) Há uma relação causal entre as mensagens publicitárias e os conflitos familiares gerados quando os pedidos de aquisição dos menores aos pais não são correspondidos. A proibição da exortação direta aos menores na publicidade (no sentido de comprarem ou persuadirem os adultos a comprar os bens ou serviços anunciados) integra-se na tutela constitucional da família, pelo que o controlo da publicidade e dos consumos infantis não se circunscreve ao exercício das responsabilidades parentais.
- xix) Um último grupo de consequências da exposição dos menores à publicidade relaciona-se com a adulteração de valores, em particular a propagação de valores consumistas e materialistas, que estão na génese de comportamentos desviantes e situações de exclusão e *bullying* nos grupos em que os bens de consumo são fator de integração e socialização. Ademais, a comunicação comercial, quando veicula atitudes dissonantes dos valores positivos de convivência social, contribui para a erotização precoce, a violência e a criação ou manutenção de estereótipos ou discriminação.
- xx) A personalidade do menor é influenciada pela onnipresença das tecnologias e pela fusão entre as dimensões real e virtual da vida. Em ambiente digital, e de modo particular nas redes sociais, os menores consomem informação e contribuem com conteúdos, numa avidez de comunicação e relacionamento com os pares em que a privacidade é desvalorizada, e que consolida a “pegada digital” do menor. A partilha de informações de natureza pessoal relativas aos menores deve ser necessariamente em função do seu superior interesse, quando feita pelos próprios progenitores, e no respeito pela sua progressiva autonomia, quando realizada pelo próprio menor, num complexo equilíbrio entre controlo parental e autonomia do menor. Já quando a partilha seja efetuada por terceiros, o critério fundamental é o do consentimento, expressão da autodeterminação informacional.

- xxi) O aproveitamento comercial feito das informações recolhidas de e/ou sobre menores é um fenómeno reiterado nas redes sociais, jogos *online* e aplicações móveis direccionadas para crianças, sendo estas directamente visadas em estratégias de marketing com impacto subliminar e significativo no seu comportamento. E comparativamente com os *media* tradicionais, o facto de o ambiente digital ser, de um modo geral, menos regulado e mais propício à personalização publicitária, torna-o mais eficaz do ponto de vista dos anunciantes.



## **CAPÍTULO III: CONSENTIMENTO DO MENOR CONSUMIDOR**

### **1. CONSENTIMENTO PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS**

#### **1.1. O tratamento de dados pessoais dos menores no âmbito do RGPD**

Muitas das práticas comerciais e publicitárias direcionadas a menores ou que os afetam efetivam-se através de tratamentos de dados pessoais de e sobre menores de idade, pelo que importa agora analisar as implicações desses tratamentos de dados no contexto do RGPD<sup>563</sup>.

No anterior regime vigente em Portugal – Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, que transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 95/46/CE, revogada pelo RGPD – não era feita qualquer alusão aos titulares de dados pessoais menores de idade ou às especificidades do tratamento de dados de crianças e jovens. Pelo contrário, no RGPD e na Lei n.º 58/2019 de 08 de agosto, que assegura a execução do Regulamento na ordem jurídica nacional os menores são diretamente referenciados.

O menor de idade é *titular de dados pessoais* sempre que seja identificado ou identificável, direta ou indiretamente, através de informações a si relativas, como identificadores (nome, número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica) ou elementos da sua identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social (artigo 4.º n.º 1 RGPD). O responsável pelo tratamento, que determina as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais, deve fazê-lo no cumprimento dos princípios relativos ao

---

<sup>563</sup> Sendo um Regulamento da UE, o mesmo é diretamente aplicável e vinculativo em todos os seus elementos, ainda que o próprio RGPD admita, em relação a alguns aspetos, que os Estados-Membros possam estabelecer normas específicas.

tratamento de dados pessoais plasmados no artigo 5.º RGPD (licitude, lealdade e transparência, limitação de finalidades, minimização dos dados, exatidão, limitação da conservação, integridade e confidencialidade e responsabilidade), que no essencial mantêm o que a anterior diretiva apelidava de princípios relativos à qualidade dos dados. O mesmo se diga quanto às situações cuja verificação torna lícito o tratamento de dados, que pouco difere do que na anterior Diretiva se denominava de princípios relativos à legitimidade do tratamento de dados. Nos termos do artigo 6.º RGPD, a *licitude do tratamento* de dados está dependente da verificação de umas das seguintes condições:

- Consentimento do titular dos dados pessoais, para o seu tratamento com dada finalidade;
- Necessidade de tratamento de dados para a execução de um contrato ou para diligências pré-contratuais;
- Necessidade do tratamento de dados para o cumprimento de uma obrigação jurídica do responsável pelo tratamento;
- Necessidade do tratamento de dados para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular;
- Necessidade do tratamento de dados no exercício de funções de interesse público ou autoridade pública do responsável pelo tratamento;
- Necessidade do tratamento de dados para efeito dos interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados.

Neste capítulo iremos focar-nos na primeira destas condições, o consentimento para o tratamento de dados feito dado pelo próprio menor ou pelos titulares das responsabilidades parentais. Há, no entanto, tratamentos de dados relativos a menores que são legítimos independentemente da prestação deste consentimento, precisamente porque a sua licitude radica na necessidade do tratamento para um dos efeitos supra descritos. É o caso, por exemplo, de



determinados tratamentos de dados de menores efetuados por estabelecimentos de ensino ao abrigo de imposições legais e/ou quando exista dever de publicidade das informações.<sup>564</sup>

A última daquelas condições de licitude – o *interesse legítimo* do responsável pelo tratamento – impõe sempre um exercício de ponderação entre o interesse (legítimo) do responsável e os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular dos dados.<sup>565</sup> O tratamento de dados só será, pois, lícito se, face ao interesse legítimo que o motiva, não prevalecerem direitos e liberdades fundamentais dos titulares que exijam a proteção dos seus dados pessoais, “em especial se o titular for uma criança” (artigo 6.º n.º 1 f) RGPD).

Os menores são particularmente visados em alguns dos Considerandos do Regulamento:

- no Considerando 38 o legislador europeu salienta que “as crianças merecem proteção especial quanto aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais”. E acrescenta que “essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças”;

---

<sup>564</sup> Um exemplo é a afixação das pautas de classificação, justificada pela transparência da atividade educativa, desde que com procedimentos criteriosos - Cf. Deliberação n.º 1495/2016 da Comissão Nacional de Proteção de Dados, relativa à disponibilização de dados pessoais de alunos no sítio da Internet dos estabelecimentos de educação e ensino, disponível na WWW:<[https://www.cnpd.pt/media/qaxbrly2/del\\_1495\\_2016\\_dados\\_alunos\\_internet.pdf](https://www.cnpd.pt/media/qaxbrly2/del_1495_2016_dados_alunos_internet.pdf)> [Consult. 02.05.2020].

<sup>565</sup> Por exemplo, num estabelecimento comercial que pretenda instalar um sistema de videovigilância, este é justificado pelo interesse legítimo do estabelecimento na prevenção de furtos. Já nos provedores, em que se este interesse de segurança seria igual ou superior, não podem existir câmaras, precisamente porque neste espaço são prevaletentes os direitos dos visados à imagem e reserva da intimidade da vida privada.

- no Considerando 58, a propósito do princípio da transparência, enfatiza-se que, nos tratamentos dirigidos a crianças, “qualquer informação e comunicação deverá estar redigida numa linguagem clara e simples que a criança compreenda facilmente”;
- o Considerando 65 alerta para a articulação entre o consentimento dado pelo titular dos dados em criança e o exercício do direito ao seu apagamento já em adulto;
- o Considerando 71 determina que uma criança não pode ficar sujeita a sujeito a uma decisão que se baseie exclusivamente no tratamento automatizado de dados; e finalmente
- o Considerando 75 inclui, entre os tratamentos de dados com probabilidade de risco para os direitos e liberdades das pessoas singulares, o tratamento de “dados relativos a pessoas singulares vulneráveis, em particular crianças”.

Estes considerandos refletem a dupla vulnerabilidade dos menores enquanto titulares de dados, por um lado no que Malgieri e Niklas apelidam de “vulnerabilidade decisional” (quanto ao tratamento de dados em si, prestação do consentimento e exercícios dos direitos enquanto titular) e, por outro lado, quanto ao resultado, impacto e potencial dano dos tratamentos de dados a eles respeitantes.<sup>566</sup>

No articulado do diploma, a posição dos menores é especialmente tutelada na ponderação dos seus direitos fundamentais por contraponto com o interesse legítimo do responsável (artigo 6.º n.º 1 f) RGPD, já mencionado) e quanto às condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação (artigo 8.º RGPD, a que nos dedicaremos de seguida). São igualmente referenciados a propósito da adequabilidade da linguagem nas informações prestadas a crianças (artigo 12.º n.º 1 RGPD) e incentivo a códigos de conduta que especifiquem essas informações e o modo de obtenção do

---

<sup>566</sup> Cf. GIANCLAUDIO MALGIERI E JĘDRZEJ NIKLAS, *Vulnerable Data Subjects*, 2020, p. 7.

consentimento parental (artigo 40.º n.º 2 g) RGPD). Por último, nas atribuições da autoridade de controlo (em Portugal, a Comissão Nacional de Proteção de Dados) o legislador reitera que as crianças devem ser alvo de especial atenção nas iniciativas de sensibilização quanto aos riscos, regras, garantias e direitos associados ao tratamento de dados pessoais (artigo 57.º n.º 1 b) RGPD).

## **1.2. A idade de consentimento digital**

Relativamente aos menores, o elemento central do RGPD é o da chamada idade de consentimento digital (*age of digital consent*), idade a partir da qual o menor poderá prestar por si o consentimento para o tratamento dos dados pessoais que lhe dizem respeito. Em patamares inferiores a essa idade de referência, o consentimento terá de ser prestado pelos titulares das responsabilidades parentais. O regime – tratado no artigo 8.º RGPD<sup>567</sup> e no artigo 16.º da Lei n.º 58/2019 – justifica algumas precisões, críticas e reflexões.

Assistimos por vezes à percepção de que esta idade é aplicada a todo e qualquer tratamento de dados relativo a menores. Mas na realidade a aplicação do normativo depende da verificação cumulativa de três pressupostos:

- Em primeiro lugar, são condições aplicáveis ao *consentimento*, i.e., “quando for aplicável o artigo 6.º, n.º 1, alínea a)”. Significa isto que relativamente a tratamentos de dados pessoais de menores justificados por outras condições de licitude, aplicar-se-á não este regime específico para o consentimento, mas as regras gerais relativas à incapacidade de exercício dos menores e exercício das responsabilidades parentais a eles relativas.

---

<sup>567</sup> Para uma história legislativa deste artigo 8.º RGPD, Cf. MILDA MACENAITE E ELENÍ KOSTA, *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 160-168.

- Em segundo lugar, o artigo 8.º aplica-se unicamente a *serviços da sociedade da informação*, definidos (por remissão do artigo 4.º n.º 25 RGPD para a Diretiva 2015/1535) como “qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, à distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços”<sup>568</sup>;
- E, por último, quando haja *oferta direta desses serviços a crianças*. Não será, pois, aplicável “se um prestador de serviços da sociedade da informação deixar bem claro aos potenciais utilizadores que só oferece os seus serviços a pessoas com 18 anos ou mais e se este facto não for refutado por outros elementos de prova (tais como o conteúdo do sítio ou planos de comercialização)”<sup>569</sup>.<sup>570</sup>

Como salientam Milda Macenaite e Eleni Kosta, este específico âmbito de aplicação comporta algumas dificuldades interpretativas, desde logo quanto ao que se entende por serviço prestado mediante remuneração ou o que é uma oferta direta desses serviços a crianças.<sup>571</sup> Para resposta à primeira dessas questões, cumpre chamar o entendimento do TJUE de que ser remunerado não implica sê-lo diretamente pelos beneficiários do serviço, podendo o prestador ser remunerado

---

<sup>568</sup> O artigo 1.º n.º 1 b) da Diretiva (UE) 2015/1535 estabelece ainda que, para efeitos desta definição, se entende-se por “à distância” um serviço prestado sem que as partes estejam simultaneamente presentes, “por via eletrónica” um serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos eletrónicos de processamento (incluindo a compressão digital) e de armazenamento de dados, que é inteiramente transmitido, encaminhado e recebido por cabo, rádio, meios óticos ou outros meios eletromagnéticos, e “*mediante* pedido individual de um destinatário de serviços” um serviço fornecido por transmissão de dados *mediante* pedido individual. A Diretiva inclui ainda (Anexo I) uma lista indicativa dos serviços não incluídos nesta definição.

<sup>569</sup> Cf. orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, do GT29 (WP259 rev.01), p. 28, disponível na WWW:< [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051)> [Consult. 29.04.2020].

<sup>570</sup> Nota ainda para a referência no Considerando 38, de que “o consentimento do titular das responsabilidades parentais não deverá ser necessário no contexto de serviços preventivos ou de aconselhamento oferecidos diretamente a uma criança”, como será o caso de linhas telefónicas de apoio a crianças vítimas de violência doméstica ou em situação de risco ou vulnerabilidade psicológica e que devem ser viabilizadas independentemente da intervenção parental.

<sup>571</sup> Cf. MILDA MACENAITE E ELENI KOSTA, *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 170 e segs.

através da publicidade<sup>572</sup>. Já quanto à oferta direta de serviços às crianças, coloca-se a questão das crianças que acedem a serviços que não lhes são destinados, como é o caso da maioria das redes sociais, situação que é potenciada pelas fragilidades dos sistemas de *verificação de idade*.<sup>573</sup>

Podemos inclusivamente questionar a eficácia do normativo na proteção especial devida aos menores de 16 anos, mais vulneráveis porquanto “menos conscientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos” (Considerando 38 RGPD) quando pensamos em que “os nativos digitais, que coincidem pelo menos parcialmente com o âmbito de proteção da norma, tendem a dominar mais as tecnologias do que os titulares das responsabilidades parentais, sobre quem impende o consentimento”.<sup>574</sup>

A opção de deixar aos Estados-Membros a escolha da idade de consentimento digital (que pode assim variar entre 13, 14, 15 e 16 anos)<sup>575</sup> é assaz criticável num contexto de partilha de informações pessoais de forma cada vez mais global<sup>576</sup> e face ao objetivo de harmonização visado pelo Regulamento, assumido

---

<sup>572</sup> Cf. Acórdão do TJUE, de 26/04/1988, no processo C-352/85 (Bond van Adverteerders contra o Estado neerlandês), disponível na WWW:<<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-352/85>> (ponto 16) [Consult. 29.04.2020].

<sup>573</sup> A maioria dos sites e plataformas com conteúdo para adultos (ex.: jogos e apostas ou conteúdos de natureza sexual) basta-se, para acesso, com um clique em que o utilizador declara ter mais de 18 anos, sem exigência de qualquer comprovativo de maioridade ou, no mínimo, tecnologia de validação.

<sup>574</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A personalização da comunicação comercial e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – perspectivas futuras*, 2017, p. 65.

<sup>575</sup> Cf. resumo organizado pela Plataforma “Better Internet for Kids”, disponível na WWW:<<https://www.betterinternetforkids.eu/web/portal/practice/awareness/detail?articleId=3017751>> [Consult. 08.05.2021]. Findos os processos de transposição da maioria dos Estados-Membros, o panorama europeu quanto à idade de consentimento digital ficou assim caracterizado (considerando ainda o Reino Unido, à data membro da União Europeia):

13 anos: 9 Estados-Membros – Bélgica, Dinamarca, Estónia, Finlândia, Letónia, Malta, Portugal, Suécia e Reino Unido.

14 anos: 6 Estados-Membros – Áustria, Bulgária, Chipre, Itália, Lituânia e Espanha.

15 anos: 3 Estados-Membros – República Checa, França e Grécia.

16 anos: 10 Estados-Membros – Croácia, Alemanha, Hungria, Irlanda, Luxemburgo, Holanda, Polónia, Roménia e Eslováquia. Na Eslovénia vigora supletivamente a idade dos 16 anos estabelecida no RGPD.

<sup>576</sup> Cf. Considerando 6 RGPD.

como um instrumento de coerência na economia digital do mercado interno<sup>577</sup> e de eliminação dos obstáculos ao exercício das atividades económicas na UE<sup>578</sup>. E se à falta de harmonização no espaço da UE juntarmos a dessintonia com os Estados Unidos (onde a idade de consentimento digital está fixada nos 13 anos), “os padrões de idade inconsistentes em toda a UE e entre a UE e os EUA, não só prejudicam o efeito de harmonização muito esperado do RGPD, mas também mantêm desafios significativos para empresas que fornecem serviços internacionais”.<sup>579</sup>

Em Portugal, a Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto, que assegura a execução do RGPD na ordem jurídica nacional, no seu artigo 16.º, prevê que os dados pessoais de crianças, relativamente à oferta direta de serviços da sociedade de informação, só podem ser objeto de tratamento com base no seu consentimento quando tenham completado *13 anos de idade*.

O Governo português, autor da proposta de lei, justificou singelamente a opção: “(...) considera-se adequada a idade de treze anos, em harmonia com a opção feita noutros Estados-Membros da União Europeia quanto a redes e plataformas que, em regra, têm um carácter transnacional”.<sup>580</sup> O argumento da transnacionalidade, válido, cai por terra perante a constatação de que dos então 28 Estados-Membros da UE apenas 9 estabeleceram a idade de consentimento digital nos 13 anos, tendo os restantes 19 definido idades superiores.

Os contributos da sociedade civil foram diversos, entre os que defendiam os 13 anos, em respeito pelos direitos do menor e relevância dos serviços da sociedade da informação na construção da sua personalidade, e os que preferiam a baliza dos

---

<sup>577</sup> Cf. Considerando 7 RGPD.

<sup>578</sup> Cf. Considerandos 9 e 10 RGPD

<sup>579</sup> Tradução nossa. No original: “The remaining inconsistent age standards across the EU and between the EU and the US, not only undermines much-anticipated harmonisation effect of the GDPR, but also maintains significant challenges for companies that provide international services” - Cf. MILDA MACENAITE E ELENÍ KOSTA, *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 167.

<sup>580</sup> Cf. Exposição de Motivos da Proposta de Lei 120/XIII/3, disponível na WWW:<<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42368>> [Consult. 30.04.2021].

16 anos, atenta a vulnerabilidade juvenil e por analogia com a idade de imputabilidade penal ou a idade a partir da qual se definem exceções à incapacidade dos menores do ponto de vista civil.<sup>581</sup> Da nossa parte, concordamos com a opção etária, por ser a que melhor se coaduna com a salvaguarda da autonomia, inclusão e participação dos adolescentes e na convicção de que uma maior restrição seria ineficaz se desacompanhada de literacia digital e acompanhamento parental.<sup>582</sup>

Em junho de 2020, a própria Comissão Europeia, em balanço sobre os primeiros dois anos de aplicação do Regulamento reconheceu a persistência de um certo grau de fragmentação e que

“a diferença entre os Estados-Membros na idade do consentimento dos menores em relação aos serviços da sociedade da informação gera incerteza para os menores e os seus pais quanto à aplicação dos seus direitos de proteção de dados no mercado único. Esta fragmentação cria também desafios para a realização de negócios transfronteiras, para a inovação, em especial no que diz respeito aos novos progressos tecnológicos e às soluções em matéria de cibersegurança”.<sup>583</sup>

Consequentemente, nas ações futuras pondera-se a harmonização da idade das crianças para efeito de consentimento em relação aos serviços da sociedade da informação, recolhidos os dados da experiência e jurisprudência nesta matéria.

Podemos também questionar se a fixação de uma idade para todos os tratamentos de dados é a opção que melhor se coaduna com os direitos das crianças

---

<sup>581</sup> Todos os contributos estão disponíveis na página supra indicada.

<sup>582</sup> É essa também a visão de diversas organizações ligadas aos direitos das crianças, que subscreveram a iniciativa “GDPR Have Your Say” a favor dos 13 anos como idade de consentimento digital. Os materiais da iniciativa estão disponíveis na WWW:<<http://www.miudossegurosna.net/GDPRHaveYourSay/>> [Consult. 08.05.2021].

<sup>583</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (COM(2020) 264 final), disponível na WWW:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0264>> [Consult. 02.05.2021].



em ambiente digital<sup>584</sup> ou se, ao invés, deveriam ser estabelecidas idades diferenciadas consoante as necessidades de proteção do próprio menor. Milda Macenaite e Eleni Kosta propõem que seja ponderado o contexto e finalidade do tratamento dos dados, porquanto “diferentes serviços da sociedade da informação podem acarretar riscos significativamente diferentes para a segurança e privacidade *online* de uma criança. Uma mesma criança pode precisar de proteção para uma finalidade de processamento de dados e pode ser capaz de consentir autonomamente com outra”.<sup>585</sup>

### **1.3. A prestação do consentimento**

Independentemente da idade e de ser o próprio menor ou os seus pais a prestar tal *consentimento*, este deve consistir numa “manifestação de vontade, livre, específica, informada e inequívoca, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento” (artigo 4.º n.º 11 RGPD). De forma sucinta, esclareçamos cada um dos predicados do consentimento:

- Livre, no sentido de que o consentimento deve ser prestado sem pressões ou condicionamentos ilegítimos. Daí que não se considere livre o consentimento se o titular não puder recusar nem retirar o consentimento sem ser prejudicado, quando exista um manifesto desequilíbrio entre o titular dos dados e o responsável pelo seu tratamento, se não for possível dar

---

<sup>584</sup> Designadamente os plasmados na CNUDC - Cf. LINA JASMONTAITE E PAUL DE HERT, *The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet*, 2015, p. 10.

<sup>585</sup> Tradução nossa. No original: “Different information society services might carry significantly different risks to a child’s online safety and privacy. One and the same child may need protection for one data processing purpose, and may be able to autonomously consent to another” - Cf. MILDA MACENAITE E ELENI KOSTA, *Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 189.

consentimento separadamente para diferentes operações de tratamento de dados ou se a execução do contrato for subordinada ao consentimento para o tratamento de dados que não sejam necessários para a execução desse contrato (Considerandos 42 e 43 e artigo 7.º n.º 3 e 4 RGPD);

- Específico, porquanto “se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos” (artigo 7.º n.º 2 RGPD);
- Informado, na medida em que a solicitação do consentimento deve ser precedida de informação que habilite o titular dos dados a fazê-lo de forma consciente, ciente do seu alcance, com conhecimento de causa de requisitos mínimos de informação (Considerando 42 RGPD);
- Inequívoco, já que o responsável pelo tratamento deve poder demonstrar que o titular dos dados deu esse consentimento (artigo 7.º n.º 1 RGPD), pelo que o consentimento deve ser dado mediante declaração oral ou escrita, incluindo em formato eletrónico. O Considerando 32 acrescenta que “o consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio web na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais”;
- Mediante ato positivo, pelo que “o silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento” (Considerando 32 RGPD).

Numa recente retificação da versão portuguesa do Regulamento<sup>586</sup>, a definição de consentimento (artigo 4.º n.º 11 RGPD) substituiu o vocábulo

---

<sup>586</sup> Cf. Jornal Oficial da União Europeia L 74 de 04 de março de 2021, disponível na WWW:<  
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679R%2803%29>>  
[Consult. 05.05.2021].

“explícito” por “inequívoco”. Fica assim claro que o consentimento pode assumir distintas formas, não necessariamente escritas, desde que não restem dúvidas de que o titular dos dados prestou esse consentimento e sejam conservadas evidências nesse sentido para futuro. Mantém-se, todavia, a menção a que o consentimento seja *explícito* para o consentimento para o tratamento de categorias especiais de dados (artigo 9.º n.º 2 a) RGPD) e decisões individuais automatizadas, incluindo definição de perfis (artigo 22.º RGPD).

A premissa de que o consentimento do titular dos dados, adulto ou criança, significa controlo sobre os seus dados pessoais é uma das falácias do RGPD. Na realidade é um controlo ilusório<sup>587</sup> e devemos questionar o quão significativo é este consentimento “no contexto de termos e condições extremamente complexos”<sup>588</sup>, sobretudo quando os titulares, por idade ou literacia, tenham menor perceção das suas implicações. Ou quando, mesmo com essa perceção, prestar o consentimento implicaria o retardamento no acesso ao serviço para leitura e compreensão da panóplia de condições ou mesmo a não prestação (por vezes injustificada) do serviço, em violação da efetiva liberdade de escolha do consumidor titular dos dados. O próprio RGPD refere que “se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrónica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido” (Considerando 32 RGPD), mas ainda assim é evidente o que muitos apelidam de “fadiga de consentimento” e que motiva a concordância acrítica com tratamentos de dados, por exemplo, na aceitação de *cookies*.

---

<sup>587</sup> Cf. MILDA MACENAITE E ELENÍ KOSTA, *Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 185.

<sup>588</sup> Tradução nossa. No original: “this consent is rarely meaningful in the context of exceedingly complex terms and conditions” - Cf. UNICEF, *Privacy, protection of personal information and reputation*, 2017, p. 12.

Em particular no que se refere aos mais jovens, “o consentimento dificilmente pode ser considerado dado livremente quando a recusa em consentir leva à exclusão social, dado que importantes serviços *online* não têm reais alternativas”.<sup>589</sup> Recentemente, o Comité Europeu para a Proteção de Dados atualizou as suas Diretrizes em matéria de consentimento, enfatizando que não há consentimento válido quando o acesso ao serviço e funcionalidades seja condicionado à aceitação obrigatória de testemunhos de conexão (“aceitar *cookies*”) e que da simples continuação de utilização de um sítio ou aplicação similar (“*scroll down*”) não se pode inferir a concordância para o processamento de dados.<sup>590</sup>

No ambiente digital, com tecnologias cada vez mais intrusivas, o sistema de *opt-in* que exige o consentimento prévio do titular para o tratamento dos seus dados “tornou-se equivalente a negociar os direitos de privacidade e proteção de dados para vários benefícios comerciais”<sup>591</sup>. Tal é particularmente lesivo no caso das crianças, que apesar de ativamente envolvidas nessas tecnologias, em regra não compreendem a “complexidade da arquitetura baseada em dados”<sup>592</sup> e desconhecem que “cada movimento digital que eles fazem é registado e que as suas indiscrições juvenis podem ter um tremendo impacto sobre os seus direitos

---

<sup>589</sup> Tradução nossa. No original: “Consent can hardly be considered freely given when refusal to consent leads to social exclusion given that important online services have no real alternatives” - Cf. MILDA MACENAITE E ELENI KOSTA, *Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 185.

<sup>590</sup> Cf. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, disponível na WWW:<[https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_en)> [Consult. 08.05.2021].

<sup>591</sup> Tradução nossa. No original: “...in the online environment the strict opt-in system, mandating that ‘personal data may be processed only if the data subject has unambiguously given his consent’, has become tantamount to bargaining away the rights to privacy and data protection for various commercial benefits” - Cf. LINA JASMONTAITE E PAUL DE HERT, *The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet*, 2015, p. 1.

<sup>592</sup> Tradução nossa. No original: “...children have limited capacity to understand the complexity of data-driven architecture” - Cf. GIANCLAUDIO MALGIERI E JĘDRZEJ NIKLAS, *Vulnerable Data Subjects*, 2020, p. 5.

fundamentais à privacidade e proteção de dados, segurança pessoal ou mesmo aspirações futuras”.<sup>593</sup>

Milda Macenaite e Eleni Kosta alertam para a confiança excessiva no consentimento parental e à necessidade de transferir a responsabilidade na proteção dos menores para os responsáveis pelo tratamento de dados:

“Nem os pais nem os filhos podem assumir total responsabilidade e controle dos seus dados pessoais *online*, pois as suas escolhas e possibilidades de gestão dos dados são moldadas pelo design e pelas funcionalidades dos espaços de comunicação. Esses espaços de comunicação estão longe de ser neutros e são criados para promover os interesses comerciais, em vez de para permitir que o utilizador exerça a autonomia e controlo sobre os seus dados”.<sup>594</sup>

Também Garcia Pérez faz notar que o sistema europeu de privacidade continua centrado no consentimento informado e no controlo individual da utilização que seja feita da nossa informação pessoal, controlo esse que se revela pouco efetivo no consumo digital, atendendo ao volume vertiginoso de dados e sofisticação de tratamentos, especialmente em contextos de maior desequilíbrio entre os consumidores e os profissionais responsáveis pelo tratamento. A autora

---

<sup>593</sup> Tradução nossa. No original: “To a large extent, children are ignorant of the fact that every digital move they make is recorded and that their youthful indiscretions can have a tremendous impact on their fundamental rights to privacy and data protection, personal safety, or even future aspirations” - Cf. LINA JASMONTAITE E PAUL DE HERT, *The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet*, 2015, p.1.

<sup>594</sup> Tradução nossa. No original: “Neither parents nor children can take full responsibility and control of their personal data *online*, as their choices and data management possibilities are shaped by the design and functionalities of communication spaces. These communication spaces are far from neutral and are created to advance business interests rather than to allow the user to exercise their autonomy and control over their data” – Cf. Cf. MILDA MACENAITE E ELENI KOSTA, *Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 185. Esta referência ao design remete para a problemática dos chamados *dark patterns*, que podem ser definidos como “design de interface que tenta guiar os utilizadores para o comportamento desejado por meio de fluxos de interação maliciosos” (Tradução nossa. No original: “Interface designs that try to guide end-users into desired behaviour through malicious interaction flows”) - Cf. MIDAS NOUWENS [et al.], *Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence*, 2020, p.3.

defende um funcionamento cumulativo (e não alternativo) de duas das causas de licitude estabelecidas no artigo 6.º RGPD – a do consentimento do titular (alínea a) e a dos interesses legítimos do responsável pelo tratamento (alínea f) – para concluir que, em contextos de desequilíbrio, mesmo que haja consentimento pelo consumidor, se o interesse do profissional for ilegítimo, o tratamento de dados não pode ser legitimado.<sup>595</sup> É esse, aliás, o entendimento que melhor se coaduna com o princípio da licitude, lealdade e transparência<sup>596</sup> do tratamento de dados, particularmente nas relações de consumo em que essa lealdade se impõe para *reequilíbrio* das posições contratuais e salvaguarda dos interesses económicos do consumidor.<sup>597</sup>

Nos termos do artigo 8.º RGPD, “caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança” (n.º 1) e o responsável pelo tratamento “envida todos os esforços adequados para verificar” este *consentimento parental*, “tendo em conta a tecnologia disponível” (n.º 2). No caso português, “caso a criança tenha idade inferior a 13 anos, o tratamento só é lícito se o consentimento for dado pelos representantes legais desta, de preferência com recurso a meios de autenticação segura” (artigo 16.º n.º 2 da Lei n.º 58/2019).<sup>598</sup>

Mas “o requisito de consentimento parental do RGPD enfrenta muitos desafios práticos relacionados com a sua interpretação e implementação”.<sup>599</sup>

---

<sup>595</sup> Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *La protección de datos de carácter personal del consumidor en el mercado único digital*, 2016, p. 249.

<sup>596</sup> Artigo 5.º n.º 1 a) do RGPD.

<sup>597</sup> Como decorre do artigo 9.º LDC.

<sup>598</sup> Na proposta de lei inicial acrescentava-se, quanto aos meios de autenticação segura, a referência ao Cartão de Cidadão ou Chave Móvel Digital.

<sup>599</sup> Tradução nossa. No original: “(...) the GDPR parental consent requirement faces many practical challenges related to its interpretation and implementation” - Cf. MILDA MACENAITE E ELENI KOSTA, *Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?*, 2017, p. 195.

Desde logo, a própria referência a “titulares das responsabilidades parentais” poderia ser mais precisa, já que quem exerce as responsabilidades parentais nem sempre são os progenitores, mas também o tutor ou outra pessoa a quem a criança seja confiada e essas responsabilidades judicialmente atribuídas, ou ainda o diretor do estabelecimento de educação ou assistência quando o menor esteja confiado à assistência pública.<sup>600</sup>

E mesmo quando as responsabilidades parentais sejam tituladas e exercidas pelos progenitores, a questão suscita preocupações adicionais quando os progenitores não sejam casados nem vivam em condições análogas às dos cônjuges ou estejam em situação de rutura conjugal ou divórcio<sup>601</sup>. Como aludimos no capítulo introdutório, nestes casos importa distinguir, nos termos do artigo 1906.º CC, entre “questões de particular importância para a vida do filho”, relativamente às quais as responsabilidades parentais são exercidas em comum, exceto se houver manifesta urgência ou esse exercício conjunto seja julgado contrário aos interesses do menor (n.º 1 e 2); e “atos da vida corrente do filho”, relativamente aos quais o exercício das responsabilidades cabe ora ao progenitor com quem o menor habitualmente reside ora ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, devendo este respeitar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo progenitor-residente habitual, e que podem inclusivamente ser delegadas em terceiros (n.º 3 e 4). Além disso, mesmo que um dos progenitores não exerça as responsabilidades parentais, tem o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício (n.º 7). No contexto do consentimento parental para o tratamento de dados em relação aos serviços da sociedade da informação, só uma avaliação casuística

---

<sup>600</sup> Cf. artigos 1901.º e segs. CC.

<sup>601</sup> Na constância do matrimónio ou quando os progenitores vivam em união de facto ou condições análogas às dos cônjuges, o exercício das responsabilidades pertence a ambos, de comum acordo, que pode em regra ser presumido – Cf. artigos 1901.º, 1902.º e 1911.º n.º 1 CC. Já nas hipóteses de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade e anulação do casamento rege o regime do artigo 1906.º CC, aplicável por remissão também à separação de facto (artigo 1909.º CC), à cessação de convivência entre progenitores que coabitavam conjugalmente (artigo 1911.º n.º 2 CC) e à hipótese de não existir esta vivência em condições análogas às dos cônjuges (artigo 1912.º n.º 1 CC).



permitirá “catalogar” o ato ou questão como sendo de particular importância ou da vida corrente. Importa ponderar todas as circunstâncias do tratamento de dados, designadamente quais os dados recolhidos, o carácter ordinário ou extraordinário dessa operação e sobretudo as implicações na vida presente e futura do menor.<sup>602</sup>

No já referido relatório de aplicação do RGPD, a Comissão identifica a necessidade de “adotar novas orientações práticas, facilmente compreensíveis e que proporcionem respostas claras e evitem ambiguidades sobre questões relacionadas com a aplicação do RGPD, por exemplo, no tratamento dos dados das crianças e dos direitos dos titulares dos dados, incluindo o exercício do direito de acesso e o direito de apagamento” e de “prever instrumentos que clarifiquem ou apoiem a aplicação das regras de proteção de dados às crianças”.<sup>603</sup>

Um dos aspetos a carecer de concretização é o *modo* pelo qual o consentimento do titular das responsabilidades parentais da criança deve ser obtido e verificado, e que o RGPD não especifica, remetendo antes para Códigos de Conduta que se incentivam como contributos para uma correta aplicação do Regulamento (artigo 40.º n.º 2 g) RGPD). O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (GT29)<sup>604</sup> “recomenda a adoção de uma abordagem proporcionada, em consonância com os artigos 8.º, n.º 2 e 5.º, n.º 1, alínea c), do RGPD (minimização

---

<sup>602</sup> Por exemplo, instalar uma *app* ou um jogo adequado à idade poderá ser considerado um ato da vida corrente, enquanto ser um *kidfluencer* ou participar ativamente numa qualquer plataforma com excessiva exposição pública ou comunidade *online* com interação com adultos será uma questão de particular importância para a vida da criança.

<sup>603</sup> Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (COM(2020) 264 final), disponível na WWW:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0264>> (ponto 3) [Consult. 09.05.2021].

<sup>604</sup> Órgão consultivo europeu independente em matéria de proteção de dados e de privacidade, assim referenciado por ter sido instituído pelo artigo 29.º da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995 (relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados). As orientações do GT29 foram assumidas pelo atual Comité Europeu para a Proteção de Dados e estão disponíveis na WWW:<[https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en)> [Consult. 08.05.2021].

dos dados)”, que envolva recolha limitada de dados pessoais dos progenitores e adequação ao nível de risco do tratamento e tecnologia disponível.<sup>605</sup>

Outra área sensível diz respeito às implicações, para o menor, de atingir a idade mínima do consentimento digital e/ou a maioridade. Quando tenham sido os titulares das responsabilidades parentais a dar ou autorizar o consentimento para tratamento de dados pessoais, esse consentimento parental “pode ser confirmado, modificado ou retirado assim que o titular dos dados atinja a idade para dar consentimento digital”<sup>606</sup>. Esta possibilidade de *retirada* do consentimento – a qualquer momento e de forma simples (artigo 7.º n.º 3 RGPD) – deve ser dada a conhecer ao titular dos dados. Nos termos do artigo 17.º n.º 1 f) RGPD, a recolha de dados pessoais no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação é também um dos motivos que fundamenta o direito ao *apagamento* dos dados (“direito a ser esquecido”), “direito esse que assume particular importância quando o titular dos dados tiver dado o seu consentimento quando era criança e não estava totalmente ciente dos riscos inerentes ao tratamento, e mais tarde deseje suprimir esses dados pessoais, especialmente na Internet. O titular dos dados deverá ter a possibilidade de exercer esse direito independentemente do facto de já ser adulto” (Considerando 65 RGPD).

---

<sup>605</sup> Cf. orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, do GT29 (WP259 rev.01), p. 29-30, disponível na WWW:< [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=623051](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=623051)> [Consult. 28.04.2021]. Pode consistir, por exemplo, numa mensagem de correio eletrónico enviada aos progenitores, a exigência de resposta a uma sms, a necessidade de indicação ou envio de um identificador ou até uma transferência bancária de valor simbólico.

<sup>606</sup> Cf. orientações relativas ao consentimento na aceção do Regulamento (UE) 2016/679, do GT29 (WP259 rev.01), p. 31.

## **2. CONSENTIMENTO NO ÂMBITO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL**

### **2.1. Celebração do contrato**

Os menores são “titulares ‘atípicos’ de direitos”<sup>607</sup> no sentido de que são titulares dos direitos, mas não da capacidade jurídica de agir relativamente a esses direitos, sendo representados pelos titulares das responsabilidades parentais ou tutores. Quanto à articulação da problemática do consentimento digital dos menores com as disposições nacionais de *direito contratual*, o artigo 8.º n.º 3 RGPD especifica que o disposto em matéria de condições aplicáveis ao consentimento “não afeta o direito contratual geral dos Estados-Membros, como as disposições que regulam a validade, a formação ou os efeitos de um contrato em relação a uma criança.”

Deste modo, não obstante o menor poder autonomamente dar o consentimento para o tratamento de dados pessoais em matéria de serviços que lhe são diretamente oferecidos na sociedade da informação, a apreciação da validade de um eventual contrato celebrado *online* continua sujeita às regras gerais do Código Civil em matéria de incapacidade dos menores para o exercício dos direitos, designadamente a anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados pelo menor (artigo 125.º CC). Do mesmo modo, serão excecionalmente válidos os atos previstos no artigo 127.º daquele Código, incluindo os “negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância”, como poderá ser o caso de alguns serviços de comunicações eletrónicas de tarifário

---

<sup>607</sup> Cf. ISABEL SERRANO MAÍLLO, *El derecho a la imagen de los menores en las redes sociales : referencia especial a la validez del consentimiento*, 2013, p. 439.

limitado ou subscrição de determinados conteúdos digitais, mormente os de entretenimento e/ou gratuitos.

Mas importa debruçarmo-nos sobre o modo de contratação no ambiente digital, em que o acesso aos serviços se opera maioritariamente pela *aceitação* de cláusulas contratuais gerais, predispostas pelo prestador do serviço sem negociação individual e que o consumidor se limita a subscrever ou aceitar.

Decorre do direito do consumidor à proteção dos interesses económicos (artigo 9.º LDC) que, como forma de prevenção de abusos nestes contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados à redação clara, precisa e legível das cláusulas contratuais e à não inclusão de cláusulas que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor. Ora o recurso a esta forma de contratação – comumente designados “contratos de adesão” – coloca precisamente questões do ponto de vista formal e material. Formal, no que se refere ao conhecimento, pelos utilizadores, das cláusulas aceites. E material, pelo carácter abusivo de algumas das cláusulas subscritas.

Em resposta a estas dificuldades, o regime jurídico nacional<sup>608</sup> prevê deveres de informação e comunicação adequada das cláusulas contratuais e estabelece um catálogo de cláusulas proibidas, radicado no princípio da boa-fé e na ponderação do equilíbrio entre prestações contratuais. Ora o contexto *online* agudiza uma das principais dificuldades deste modo de contratação por adesão, precisamente o de os utilizadores aceitarem condições contratuais que sequer conhecem, pelo que este padrão contratual não permite alcançar o desejado equilíbrio negocial e “não se ajusta sequer às próprias ferramentas presentes nas

---

<sup>608</sup> Cf. o RCCG, DL n.º 446/85, de 25 de outubro, na sua versão atual.

redes sociais”<sup>609</sup>, que recomendariam a utilização de recursos audiovisuais para mais eficaz comunicação dos termos contratuais.

Numa rede social, esta forma de aceitação das condições de uso é como um “*take it or leave it*”<sup>610</sup>. Mais do que contratos de “*clickwrap*”, típicos do comércio eletrónico, em que ao consumidor são apresentados os termos contratuais, que tem oportunidade de ler antes de manifestar a sua anuência pelo clique num botão ou caixa de aceitação, a utilização de redes sociais configura um contrato de “*browserwrap*”, em que a inscrição na rede e utilização do sítio implica a aceitação dos termos e condições e política de privacidade disponibilizadas numa qualquer hiperligação.<sup>611</sup>

Num universo em que a aceitação das condições contratuais opera por cliques, toques ou meros deslizares de um ecrã, esses termos e condições não são sequer lidos<sup>612</sup> pelos menores contratantes. E muito menos compreendidos, dada a extensão e complexidade da linguagem utilizada, “de forma tão opaca e num impenetrável juridiquês”<sup>613</sup> que inviabiliza igualmente a assistência por adultos, designadamente os pais, eles próprios incapazes de prestar ou orientar no sentido de um consentimento minimamente informado. Não é à toa que é lugar-comum dizer-se que a maior mentira da internet é o “declaro que li e aceito os termos e condições”, de tão frequente ser a prática de não tomar conhecimento desses mesmos termos.<sup>614</sup>

---

<sup>609</sup> Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p. 69.

<sup>610</sup> Cf. PERE SIMÓN CASTELLANO, *El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos*, 2013, p. 465.

<sup>611</sup> Cf. JEAN-PHILIPPE MOINY, *Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données*, 2010, p. 245.

<sup>612</sup> Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p. 58.

<sup>613</sup> Cf. KAREN MCCULLAGH, *The General Data Protection Regulation: A Partial Success for Children on Social Network Sites?*, 2016, p. 115.

<sup>614</sup> Chamamos aqui um instrumento de autorregulação no âmbito do comércio eletrónico, o Código de Conduta da iniciativa “Confio.pt”, iniciativa que resulta de uma parceria entre a Associação da Economia Digital (ACEPI), a Associação DNS.PT e a Associação Portuguesa para a Defesa do

É esse, em nosso entender, um dos maiores desafios que se coloca à proteção do consumidor (adulto e, por maioria de razão, menor de idade) em ambiente digital. Como conciliar o *direito* à informação pré-vinculação contratual – que se pretende clara, concisa e compatível com a imediatez característica e desejável dos serviços da sociedade da informação – com o *dever* do profissional nos providenciar essa mesma informação, em quantidade e qualidade adequadas e sem se “desresponsabilizar” de garantir que essa informação seja efetiva.

Como notam Helberger et al., a participação dos menores no processo comercial relativo a conteúdos e serviços digitais é precoce e intensa, mas “um consumidor ativo, no entanto, não é necessariamente um consumidor bem informado”<sup>615</sup>, sendo os menores particularmente vulneráveis perante determinadas estratégias comerciais. Os autores apontam ainda a dificuldade de se encontrar um equilíbrio entre proteção e autonomia dos menores, atenta a heterogeneidade deste grupo, em particular no ambiente digital, onde “os jovens consumidores podem às

---

Consumidor (DECO), para acreditação de boas práticas no comércio eletrónico. A atribuição do selo CONFIO exige a aceitação e cumprimento do Código de Conduta – Cf. a informação sobre a iniciativa disponível na WWW:< <https://www.confio.pt/>> [Consult. 08.05.2021]. Nos termos do seu artigo 2.º n) define-se como menor “a criança com idade inferior ou igual a 16 anos, para efeitos do comércio eletrónico; para efeitos de recolha de dados, entende-se que uma criança é menor se a sua idade for igual a 13 anos”. O artigo 22.º do Código de Conduta respeita à proteção de menores. Nos termos deste normativo deve ser disponibilizado ao visitante do sítio um meio de indicar a sua idade antes de iniciar a contratação de bens ou serviços (n.º 1), só podem ser celebrados contratos com menores de idade compreendida entre 16 e 18 anos com a prévia autorização de um dos pais ou tutor (n.º 2) e é incentivado o envolvimento e controlo parental das atividades online dos menores (n.º 7). Quando o consumidor seja identificado como menor devem ser disponibilizadas informações claras e em linguagem acessível quanto ao tratamento dos seus dados (n.º 6) e o profissional deve abster-se de incentivar os menores a contratar online ou fornecer dados pessoais “abstendo-se, nomeadamente de: a) Recompensar o fornecimento online de dados pessoais do próprio menor ou de terceiros com brindes, jogos e respetivo acesso, ou outra qualquer vantagem de efeito similar; b) Condicionar a ofertas de créditos em serviços licitamente contratados e autorizados ao fornecimento de dados pessoais ainda não recolhidos, do menor ou de terceiros; c) Em geral, explorar a sua particular credulidade, inexperiência ou sentido de lealdade para com terceiros.” (n.º 8).

<sup>615</sup> Tradução nossa. No original: “An active consumer, however, is not necessarily a knowledgeable consumer” - Cf. N. HELBERGER [et al.], *Digital Content Contracts for Consumers*, 2012, p. 54.

vezes ser mais hábeis em transacionar, negociar ou recolher informações do que os adultos”.<sup>616</sup>

A problemática ganha novos contornos com a Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de *fornecimento de conteúdos e serviços digitais*, cuja transposição terá de ocorrer nos Estados-Membros até 1 de julho de 2021.

Em geral, e, não obstante os “objetivos comuns de promoção da transparência e correção das assimetrias informacionais”<sup>617</sup>, proteção de dados pessoais e proteção dos consumidores cumprem diferentes propósitos e estão submetidos a distintos regimes, de tutela, respetivamente, de um direito fundamental de natureza pessoal e de um direito económico. Encontram, no entanto, na nova Diretiva um espaço de convergência e sobreposição que importa aqui abordar, na medida em que a Diretiva se aplica a qualquer contrato em que o profissional fornece conteúdos ou serviços digitais ao consumidor e este paga um preço, mas também às situações em que o consumidor não paga um preço, mas faculta *dados pessoais* ao profissional (artigo 3.º n.º 1 da Diretiva).<sup>618</sup>

Tomando em consideração o âmbito de aplicação da Diretiva e o regime anteriormente descrito constante do RGPD, é evidente a relevância da questão quando falamos de dados pessoais de consumidores menores de idade. Em primeiro lugar, porque se trata de contratos relativos a conteúdos e serviços digitais, que os menores celebram com frequência, e que se podem incluir na exceção legal à sua incapacidade de exercício de direitos, seja pela sua quotidianidade, pela

---

<sup>616</sup> Tradução nossa. No original: “In the *online* environment, young consumers may sometimes be more skilled in transacting, trading, or gathering information than adults” - Cf. N. HELBERGER, [*et al.*], *Digital Content Contracts for Consumers*, 2012, p. 54.

<sup>617</sup> Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales*, 2020, p. 877.

<sup>618</sup> Sobre a questão dos dados pessoais como contraprestação e as modificações à proposta inicial da Diretiva, cf. IV 2.4.



familiaridade dos menores com tais conteúdos e serviços e pelo reduzido ou ausente preço em sentido monetário.

A Diretiva abrange contratos de fornecimento de:

- *conteúdos digitais*, definidos como “dados produzidos e fornecidos em formato digital” (artigo 2.º 1) da Diretiva), o que inclui programas informáticos, aplicações, ficheiros de vídeo, áudio e música, jogos digitais, livros eletrónicos e outras publicações eletrónicas (Considerando 19);

- *serviços digitais*, definidos como serviços que permitem ao consumidor “criar, tratar, armazenar ou aceder a dados em formato digital” ou “a partilha ou qualquer outra interação com os dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou por outros utilizadores desse serviço” (artigo 2.º 2) da Diretiva), o que inclui, entre outros, partilha de ficheiros de vídeo e áudio, alojamento de ficheiros, processamento de texto ou jogos disponibilizados no ambiente de computação em nuvem e redes sociais.

No preâmbulo da Diretiva (Considerando 19), o legislador esclarece que a Diretiva se aplica independentemente do *meio utilizado* para o fornecimento do conteúdo ou serviço digital, tais como suporte material utilizado exclusivamente como meio de disponibilização (DVD, CD, chaves USB, cartões de memória, etc.), descarregamentos feitos pelos consumidores (*download*), difusão em linha (*streaming*), unidades de armazenamento (como as *clouds*) ou redes sociais.<sup>619</sup>

Seja pelo tipo de conteúdos e serviços abrangidos seja pela diversidade de meios facilmente se depreende que os mais jovens, cujas vivências (enquanto

---

<sup>619</sup> São exemplos de “conteúdos digitais” os obtidos através de plataformas como *Apple Store*, *Google Play*, *Amazon*, *Apple Music*, *Amazon Prime Music*, *Youtube*, *Vimeo*, *Spotify*. Entre os “serviços digitais” encontramos, por exemplo, a *Amazon Web Services*, *Dropbox*, *One Drive*, *Microsoft Azure*, *Google Cloud*, *Google Drive*, *iCloud* e as redes sociais (*Facebook*, *Twitter*, *Whatsapp*, *Instagram*, *Line*, *Viber*) - Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales*, 2020, p. 880 e Cf. ALEXANDRE L. DIAS PEREIRA, *Os direitos do consumidor de conteúdos e serviços digitais segundo a Diretiva 2019/770*, 2020, p. 140.

pessoas e enquanto consumidores) se desenvolvem em grande medida em ambiente digital, serão dos mais implicados na futura aplicação deste instrumento normativo.

A referida interação entre proteção de dados e proteção do consumidor – já apelidada de “contratualização do direito fundamental à proteção de dados pessoais”<sup>620</sup> – permite antever atritos, apesar de o legislador europeu ter desde já acautelado que quando o exercício das atividades abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva implique tratamento de dados pessoais é aplicável o RGPD e a Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas<sup>621</sup> e que, em caso de conflito entre as disposições da Diretiva e o direito da União em matéria de proteção de dados pessoais, *prevalece este último*.<sup>622</sup> Ainda assim subsistem questões ao nível das condições de licitude do tratamento de dados abrangidos por estes contratos, da repercussão do (in)cumprimento das obrigações em matéria de proteção de dados na avaliação da conformidade contratual e dos efeitos da extinção do contrato no tratamento de dados nele implicado.<sup>623</sup>

O consentimento para o tratamento de dados pessoais deve traduzir uma manifestação de vontade *específica* (artigo 4.º 11) RGPD), devendo o pedido de consentimento ser apresentado de uma forma que o distinga claramente de outros assuntos na mesma declaração (artigo 7.º n.º 2 RGPD). Mas será sempre assim tão evidente para o consumidor a destriça entre o consentimento relativo à aceitação

---

<sup>620</sup> A expressão é de ALBERTO DE FRANCESCHI, citado por Rosa María García Pérez. A autora aponta a dupla relevância desta imbricação do direito fundamental da proteção de dados no âmbito contratual delimitado pela diretiva: por um lado, estender aos consumidores que facultam dados pessoais em troca do acesso a prestações digitais os mesmos meios de ressarcimento, reconhecendo a onerosidade destes contratos; e por outro lado, pelas implicações da violação das regras sobre proteção de dados na validade e eficácia do contrato - Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales*, 2020, p. 884-885.

<sup>621</sup> Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade e às comunicações eletrónicas).

<sup>622</sup> Cf. Considerando 37 e artigo 3.º n.º 8 da Diretiva.

<sup>623</sup> Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales*, 2020, p. 885.

das cláusulas contratuais e o consentimento relativo ao tratamento de dados de dados pessoais? Como nota Garcia Perez, no “ecossistema digital, caracterizado pela sua padronização e predisposição” perante termos e condições impostos unilateralmente, é frequente a confusão entre declarar que se recebeu a informação relativa à proteção de dados, autorizar o tratamento de dados e consentir no vínculo contratual.<sup>624</sup>

Tratando-se de consumidores menores de idade, coloca-se ainda a questão de compatibilizar a idade de consentimento para o tratamento de dados pessoais e a idade de celebração válida do contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais. Considerando que em Portugal a idade a partir da qual o consentimento do menor para o tratamento de dados em relação aos serviços da sociedade da informação foi fixada nos 13 anos e que a celebração do contrato só será (em regra) válida a partir da maioridade<sup>625</sup>, vários cenários se perspetivam:

- a) O menor não pode consentir no tratamento de dados nem celebrar validamente o contrato – caso de um menor de idade inferior a 13 anos, em que o consentimento para o tratamento de dados tem de ser dado pelos titulares das responsabilidades parentais e dificilmente um contrato para prestações digitais, ainda que sem preço, se poderá considerar como “próprio da vida corrente” ou “ao alcance da sua capacidade natural” (artigo 127.º n.º 1 b) CC) e será anulável também a requerimento de quem exerça as responsabilidades parentais;
- b) O menor pode consentir no tratamento de dados e pode celebrar validamente o contrato – caso de um menor entre os 13 e os 17 anos que faz um *download* de um conteúdo educativo, instala um jogo ou utiliza uma *app* apropriada à sua idade ou cria uma conta numa rede social;

---

<sup>624</sup> Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales*, 2020, p. 905.

<sup>625</sup> Os cenários podem ainda ser mais, se tomarmos em consideração a possibilidade de emancipação pelo casamento a partir dos 16 anos.

- c) O menor pode consentir no tratamento de dados, mas não pode celebrar validamente o contrato – caso de um menor entre os 13 e os 17 anos, mas em que o contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais a celebrar não possa, pelo seu objeto e características, ser considerado no filtro de exceção à incapacidade constante do referido artigo 127.º do CC;
- d) O menor não pode consentir no tratamento de dados, mas pode celebrar validamente o contrato – caso de um menor entre os 13 e os 17 anos, relativo a um contrato excecionalmente válido nos termos do artigo 127.º do CC, mas em que não se aplique o artigo 8.º do RGPD, ou porque não é o consentimento a condição de legitimidade para o tratamento de dados a efetuar ou porque não se trata de uma oferta direta de serviços da sociedade da informação à criança.

Outra questão pertinente no âmbito da nova Diretiva diz respeito à *retirada* do consentimento. Fica claro que, no contexto dos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais se aplicam o direito ao apagamento dos dados e o direito do consumidor de retirar o consentimento dado, bem como a separação entre o direito de rescisão contratual previsto na Diretiva em caso de falta de conformidade do conteúdo ou serviço digital e o direito de retirada do consentimento dado para o tratamento dos dados pessoais (Considerando 39 da Diretiva). Além disso, a Diretiva “não deverá regular as consequências para os contratos por ela abrangidos nos casos em que o consumidor retire o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. Estas consequências continuam a ser matéria do direito nacional” (Considerando 40 da Diretiva)

Em caso de *não-fornecimento* (artigo 13.º da Diretiva), *falta de conformidade* (artigo 14.º a 18.º da Diretiva) ou *alteração* aos conteúdos ou serviços digitais com impacto negativo no acesso ou na utilização pelo consumidor (artigo 19.º da Diretiva), a Diretiva estabelece como meio de ressarcimento o direito do consumidor a rescindir o contrato, mediante declaração ao profissional em que

lhe comunique a decisão de pôr termo ao contrato. Em caso de exercício do *direito de rescisão* pelo consumidor, estabelece o artigo 16.º da Diretiva que o profissional deve cumprir as obrigações decorrentes do RGPD.

Importante é também a consideração de que a regra de que o consumidor tem direito a rescindir o contrato apenas se a falta de conformidade não for menor, aplicável aos conteúdos ou serviços digitais fornecidos em troca do pagamento de um preço (artigo 14.º n.º 6 da Diretiva) não se aplica quando, em vez de um preço, o consumidor tenha fornecido dados pessoais:

“... caso os conteúdos ou serviços digitais não tenham sido fornecidos em contrapartida de um preço e, em vez disso, o consumidor tenha fornecido dados pessoais, deverá este ter também direito a rescindir o contrato nos casos em que a falta de conformidade seja menor, uma vez que o consumidor não pode ser compensado através de uma redução do preço. Nos casos em que paga um preço e fornece dados pessoais, o consumidor deverá ter direito a todas as vias de recurso disponíveis em caso de falta de conformidade. Em especial, desde que todas as outras condições estejam preenchidas, o consumidor deverá ter direito a que os conteúdos ou serviços digitais sejam repostos em conformidade, a que o preço seja reduzido em função do montante pecuniário pago pelos conteúdos ou serviços digitais ou à rescisão do contrato.” (Considerando 67 da Diretiva).

Nota ainda para a problemática dos serviços de *WAP Billing*, que motivou já uma Recomendação da Autoridade Nacional de Comunicações (ANACOM) às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas<sup>626</sup>, bem como um alerta da DGC<sup>627</sup> e a intervenção do Provedor de Justiça, que considerou a situação “tão mais preocupante por qualquer criança poder facilmente, e de forma

---

<sup>626</sup> Cf. Recomendação dirigida às empresas que oferecem redes e serviços de comunicações eletrónicas relativamente aos serviços de WAP Billing, disponível na WWW:<<https://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=1421457>> [Consult. 03.07.2020].

<sup>627</sup> Cf. flyer disponível para consulta na WWW:<<https://www.consumidor.gov.pt/?cr=10887>> [Consult. 03.07.2020].

involuntária, subscrever estes conteúdos”<sup>628</sup>. *WAP Billing* designa a aquisição, em páginas WAP (*Wireless Application Protocol*) de conteúdos de entretenimento (como toques, jogos ou *wallpapers*) que são depois cobrados diretamente na fatura do serviço móvel de comunicações ou por desconto no saldo. A atuação da ANACOM foi motivada pelas reclamações de utilizadores que referiam ter sido essa aquisição inadvertida e da qual só posteriormente tiveram conhecimento, ao receberem uma *sms* de confirmação da subscrição ou ao verificarem a fatura ou saldo. Quando tal aconteça estaremos perante um fornecimento de bens ou prestação de serviços *não solicitados* pelo consumidor, questão a que o nosso ordenamento dá resposta desde logo na lei de defesa do consumidor, que desobriga o consumidor do pagamento de bens ou serviços que não tenha prévia e expressamente encomendado ou solicitado (artigo 9.º n.º 4 LDC) e exige o acordo expreso do consumidor para qualquer pagamento adicional que acresça à contraprestação acordada (artigo 9.º-A LDC). O regime jurídico dos contratos à distância impõe requisitos formais nos contratos celebrados por via eletrónica, designadamente quanto à menção expressa de obrigação de pagamento, sob pena do consumidor não se considerar sequer vinculado (artigo 5.º LCDFE), e reitera a proibição daquela cobrança relativamente a conteúdos digitais não solicitados pelo consumidor (artigo 28.º LCDFE). Exigir esse pagamento sem que tenha existido uma solicitação expressa do consumidor é, pois, uma prática comercial agressiva (artigo 12.º f) LPCD).<sup>629</sup>

A questão assume aqui relevância quando a subscrição seja efetuada por um *menor de idade*, no seu próprio dispositivo, sendo aplicáveis as considerações que já fizemos a propósito do dever de informação pré-contratual, da utilização de cláusulas contratuais gerais e das exceções à incapacidade de exercício dos

---

<sup>628</sup> Cf. posição da Provedora de Justiça disponível na WWW:< <https://www.provedor-jus.pt/?idc=35&idi=17495>> [Consult. 03.07.2020].

<sup>629</sup> Quanto à repercussão no contrato celebrado, Pedro Falcão coloca a hipótese de inexistência (por falta de consciência na declaração), nulidade (por ser um negócio celebrado contra a lei) ou, no mínimo, anulabilidade (porque celebrado sob influência de uma prática comercial desleal) - Cf. PEDRO FALCÃO, *WAP Billing: problemas e soluções*, 2018, p. 395.

menores, na medida em que estejamos perante negócios ao alcance da capacidade natural do menor e parcas importâncias monetárias. Mais problemática é a hipótese em que o conteúdo de entretenimento é subscrito por um terceiro que não o utente do serviço de comunicações eletrónicas (no caso mais típico, quando uma criança utiliza o dispositivo do seu pai ou mãe), o que implicará a ineficácia do contrato relativamente ao progenitor.<sup>630</sup>

## **2.2. Direito de livre resolução**

Entre as vicissitudes contratuais inerentes à contratação de menores, designadamente em ambiente digital, encontramos o exercício do direito de livre resolução contratual, entre nós plasmado no artigo 9.º n.º 7 LDC e na LCDFE, em transposição da Diretiva 2011/83/UE. Disposições essas que continuarão a aplicar-se no âmbito da Diretiva (UE) 2019/770 (conteúdos e serviços digitais), como determina o Considerando 20 desta última.

O exercício do direito de livre resolução<sup>631</sup> traduz o direito do consumidor ao *arrependimento*, reforçado em contextos contratuais atípicos, designadamente nos contratos celebrados sem a presença física simultânea das partes e através de técnicas de comunicação à distância (contratos celebrados à distância) ou na presença física simultânea das partes, mas num local distinto do estabelecimento comercial do profissional (contratos celebrados fora do estabelecimento comercial). Seja pela falta de contacto com o profissional e o próprio bem de consumo antes da

---

<sup>630</sup> Cf. PEDRO FALCÃO, *WAP Billing: problemas e soluções*, 2018, p. 396-401. A solução decorre da aplicação do instituto da representação sem poderes, previsto no artigo 268.º CC. O autor explana ainda a doutrina da “procuração por tolerância” ou tácita neste domínio.

<sup>631</sup> Sobre a natureza jurídica e imprecisão terminológica deste direito, Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 158-160.



celebração do contrato, seja pela eventualidade de surpresas e pressões aquando da contratação<sup>632</sup>, importa proteger o consumidor “de circunstâncias que possam concorrer para o risco de precipitação”<sup>633</sup>. Considerado “o *ex libris* do direito do consumo”<sup>634</sup>, o direito de arrependimento tem assim em vista a proteção da reflexão e da informação do consumidor.<sup>635</sup>

Na nossa investigação assumem especial relevância os contratos à distância<sup>636</sup> relativos a um conteúdo digital, definido como “os dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou *streaming*, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio”.<sup>637</sup> Muitos dos contratos celebrados pelos menores são concluídos via *internet* ou pela utilização de dispositivos móveis e dizem precisamente respeito a conteúdos e serviços digitais, como sejam música, jogos, vídeos e outras aplicações de entretenimento.

Os requisitos da informação pré-contratual a prestar ao consumidor são, nestes contratos, ainda mais rigorosos do que nos contratos de consumo em geral. Nos termos do artigo 4.º LCDFE, o profissional deve facultar ao consumidor em tempo útil e de forma clara e compreensível um conjunto de informações, entre as quais as relativas ao exercício do direito de livre resolução e, se for caso disso, as funcionalidades e interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais. Tais informações pré-contratuais devem, nos termos do artigo 5.º n.º 1 LCDFE, ser prestadas de forma adequada à técnica de comunicação utilizada e “com respeito

---

<sup>632</sup> Cf. Considerando 37 da Diretiva 2011/83/UE.

<sup>633</sup> Cf. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2019, p. 131.

<sup>634</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 106.

<sup>635</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, 2005, p. 107-108.

<sup>636</sup> Um contrato à distância é definido como “um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” (artigo 3.º f) LCDFE).

<sup>637</sup> Cf. artigo 3.º d) LCDFE.

pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, em especial os menores”, tendo assim em conta as necessidades específicas dos consumidores particularmente vulneráveis.<sup>638</sup> Relativamente ao direito de livre resolução, as informações incluem, nos termos do artigo 4.º LCDFE e quando seja o caso:

- a *existência* do direito de livre resolução do contrato, o respetivo *prazo* e o *procedimento* para o exercício do direito, com entrega do formulário de livre resolução (alínea l);
- a indicação de que o consumidor suporta os *custos* da devolução dos bens e o montante desses custos, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos pelo correio normal (alínea m);
- a obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um *montante, proporcional* ao serviço já prestado, em caso de pedido para prestação de serviços durante o período de livre resolução (alínea n);
- a indicação de que o consumidor *não beneficia* do direito de livre resolução ou as circunstâncias em que o perde (alínea o).

Ao contrário do direito de resolução contratual por falta de conformidade do bem ou serviço contratado, o exercício do direito de livre resolução do contrato é imotivado. Nos termos do artigo 10.º LCDFE, ponderado o contrato celebrado e sem necessidade de indicar o motivo ou incorrer em quaisquer encargos, o consumidor pode exercer o direito de livre resolução no prazo de 14 dias a contar da entrega do bem ou da celebração do contrato nos contratos de prestação de serviços. Este prazo é ampliado em 12 meses quando não tenha sido facultada ao consumidor a informação pré-contratual sobre a existência do direito de livre resolução.

---

<sup>638</sup> Cf. Considerando 34 da Diretiva 2011/83/UE.

Os conteúdos digitais, pela sua natureza, levantam algumas condicionantes ao direito de livre resolução. Não se fundando este direito em nenhum incumprimento do profissional ou falta de conformidade com o contrato, o seu exercício prestar-se-ia a abusos de direito por parte dos consumidores e violações de propriedade intelectual antes da solicitação de reembolso inerente à livre resolução. Assim é consagrado o seguinte regime:

i) se o conteúdo digital for fornecido num suporte material, tal como uma gravação áudio, vídeo ou programa de computador selados, o consumidor não pode, salvo acordo das partes em contrário, resolver livremente o contrato se, após a entrega, retirar o selo de garantia de inviolabilidade (artigo 17.º I) LCDFE);

ii) se o conteúdo digital não for fornecido num suporte material, só perde o direito à livre resolução do contrato se a sua execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor e este reconhecer que o seu consentimento implica a perda daquele direito. Na hipótese da prestação do serviço se iniciar, por pedido expresso do consumidor, ainda durante o período de livre resolução, caso o consumidor exerça o direito de livre resolução, deve ser pago ao prestador do serviço “um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato”. No entanto, o consumidor não suportará quaisquer custos se não houver consentimento prévio e expresso para o início do fornecimento ou reconhecimento da perda do direito de livre resolução (artigo 15.º LCDFE).

Apesar da singela referência à proteção dos menores relativamente à prestação das informações pré-contratuais (artigo 5.º n.º 1 LPCDFE), subsistem incertezas jurídicas e técnicas quanto ao exercício dos direitos contratuais do menor, incluindo o direito de livre resolução. Técnicas, as que resultam, tal como noutros âmbitos da nossa investigação, dos deficientes sistemas de verificação da

idade e consentimento parental. Jurídicas, as de articulação com o regime geral de representação legal do menor pelos seus progenitores.

Aurélie Nottet considera que o consumidor menor está numa posição menos favorável que a de um adulto na medida em que “enquanto o consumidor adulto beneficia dos institutos do direito das obrigações comum (por exemplo: vícios de consentimento) e do direito do consumidor; o consumidor menor é protegido pelas disposições que regem a sua qualidade (direito das obrigações dos menores) e por um direito do consumidor que *não tem em conta as suas especificidades como menor*”<sup>639</sup>. Concretamente quanto ao direito de livre resolução, acompanhamos a autora quando esta questiona as dificuldades no exercício do direito de livre resolução em representação do filho menor quando os pais não tiveram conhecimento do contrato celebrado (em particular, se relativo a um conteúdo digital) e não receberam a informação pré-contratual ou quando o menor “renunciou” ao direito de livre resolução, situação que a legislação deveria acautelar, por exemplo, com a impossibilidade de ser o próprio menor a reconhecer a perda do direito de livre resolução e a obrigatoriedade de integral reembolso nesses casos.<sup>640</sup>

---

<sup>639</sup> Tradução nossa. No original: “En effet, alors que le consommateur adulte bénéficie des institutions du droit commun des obligations (ex.: vices de consentement) et de celles du droit de la consommation; le consommateur mineur est protégé par les dispositions régissant sa capacité (droit des obligations des mineurs) et par un droit de la consommation qui ne tient pas compte de ses spécificités de mineur. Sa position serait donc moins favorable que celle de l’adulte.” - Cf. AURÉLIE NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d’une personne doublement vulnérable*, 2012, p. 438.

<sup>640</sup> Cf. AURÉLIE NOTTET, *Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d’une personne doublement vulnérable*, 2012, p. 439.

### **CONCLUSÕES (CAPÍTULO III)**

- i) A personalização da comunicação comercial implica o tratamento de dados pessoais dos menores deles titulares. Sem prejuízo do cumprimento dos demais princípios e obrigações inerentes ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, é crucial a questão da “idade de consentimento digital” no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, e que em Portugal ficou definida nos 13 anos. Devemos, no entanto, questionar a valia deste consentimento como condição para a licitude do tratamento de dados quando o consentimento é prestado no contexto de cláusulas contratuais gerais complexas ou quando o acesso ao serviço e funcionalidades seja condicionado à aceitação obrigatória de testemunhos de conexão.
- ii) Para menores de 13 anos, o consentimento terá de ser dado pelos titulares das responsabilidades parentais, de comum acordo. Em caso de rutura da relação conjugal ou quando os pais não vivam em união de facto ou condições análogas às dos cônjuges, o exercício dessas responsabilidades caberá a ambos relativamente a questões de particular importância ou àquele com quem o menor se encontra se se tratar de um ato da vida corrente do filho. No que se refere ao consentimento parental para o tratamento de dados do filho em relação aos serviços da sociedade da informação, a qualificação como “particular importância” ou “vida corrente” dependerá de uma avaliação casuística tendo em consideração os dados pessoais e operação de tratamento, o carácter ordinário ou extraordinário dessa operação e implicações na vida presente e futura do menor.
- iii) Não obstante o menor poder autonomamente dar o consentimento para o tratamento de dados pessoais em matéria de serviços que lhe são diretamente oferecidos na sociedade da informação, a apreciação da validade de um eventual contrato celebrado continua sujeita às regras gerais

de direito contratual nacional em matéria de incapacidade dos menores para o exercício dos direitos e invalidade dos negócios jurídicos celebrados pelo menor. São exceção os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor ao alcance da sua capacidade natural e que apenas impliquem reduzido custo, como poderá ser o caso de alguns contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais.

- iv) No contexto *online*, a forma de contratação por adesão a condições contratuais predispostas, com aceitação “*clickwrap*” ou “*browserwrap*”, agudiza a suscetibilidade dessas condições não serem lidas ou compreendidas pelos menores contratantes, pelo que se impõe a reconfiguração dos mecanismos de comunicação e cognoscibilidade das cláusulas. Além disso, nem sempre será evidente para o consumidor a distinção entre o consentimento relativo à aceitação das cláusulas contratuais e o consentimento relativo ao tratamento de dados pessoais.
- v) A nova Diretiva relativa aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, ainda não transposta, faz convergir a proteção de dados pessoais e a proteção dos consumidores, na medida em que se aplica a contratos celebrados mediante um preço, mas também às situações em que o consumidor faculta dados pessoais ao profissional. Tal levanta problemas de compatibilidade entre a idade de consentimento para o tratamento de dados pessoais e a idade de celebração válida do contrato de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, bem como das consequências da retirada de consentimento para o tratamento de dados pessoais ou do exercício de livre resolução do contrato.

## CAPÍTULO IV: FORMAS DE TUTELA DO CONSUMIDOR MENOR

### 1. REFLEXÕES PRÉVIAS

#### 1.1. Paradigmas e paradoxos da proteção dos consumidores

Num contexto de “europeização do direito”<sup>641</sup>, muitas são as divisas que se afirmam pela informação dos consumidores. Assistimos, no entanto, a algumas antinomias entre as preocupações que presidem às políticas de defesa do consumidor e a forma como tais desígnios são consolidados nos ordenamentos jurídicos e na *práxis* da cidadania.

##### a) Informação = Proteção?

O primeiro desses paradigmas é de que informação equivale a proteção. Muitas das políticas de consumidores contemporâneas expressam o entendimento de que o *empowerment* dos consumidores se consegue através da prestação de informações. Iain Ramsay realça a necessidade de uma avaliação empírica do impacto das políticas de informação na proteção dos consumidores, num plano intermédio entre os dois modelos relacionados com o processo de tomada de decisão pelos consumidores<sup>642</sup> que tendencialmente influenciam as políticas legislativas: o modelo do consumidor *racional* (que baseia as suas decisões na informação e na utilidade esperada), que o autor reprova por se basear num modelo “artificial” de sujeito liberal hiper-racional; e o modelo do consumidor *vulnerável*

---

<sup>641</sup> Cf. RUI DE ALARCÃO, *Globalização, Democracia e Direito do Consumidor*, 2007, p. 21.

<sup>642</sup> Este processo de tomada de decisão pode ser estruturado em 5 fases, a saber: reconhecimento da necessidade, busca de informação, avaliação de alternativas, decisão de compra e comportamento pós-compra. Cf. PHILIP KOTLER e GARY ARMSTRONG, *Princípios de marketing*, 1999, p. 108-110.



ou *crédulo*, que sistematicamente se desvia daquela racionalidade, criticável por um certo “paternalismo” mais patriarca do que empático.<sup>643</sup>

Assertivamente, Pegado Liz observa que

“Da ‘protecção’ passou-se primeiro à ideia de ‘promoção’, depois à de ‘participação’ e, recentemente à de ‘empowerment’, herdada de uma velha tradição liberal americana [...] É aqui que se opera o verdadeiro passe de mágica que consiste em identificar ‘protecção’ com ‘informação’. Os consumidores a quem é facultada ‘informação’ ficariam ‘ipso facto’ protegidos”.<sup>644</sup>

Paradoxalmente, ainda que a vulnerabilidade dos consumidores continue a ser o axioma do Direito do Consumo, os responsáveis políticos parecem de forma simplista acreditar que tal vulnerabilidade se desvanece se for disponibilizado ao consumidor um conjunto de informações.

Esta perspetiva olvida dois aspetos fundamentais. O primeiro é o de que a vulnerabilidade do consumidor não é exclusivamente informativa, antes se alicerça em aspetos psicológicos, económicos e sociais. A informação é importante, sentencia Oliveira Ascensão, “mas não é uma panaceia”<sup>645</sup>, e o seu fornecimento não supera *per se* a vulnerabilidade do consumidor, em particular no domínio da sociedade de informação, em que a inferioridade “é agravada pelo anonimato e despersonalização do sistema”<sup>646</sup>. O segundo é o de que “a comunicação, para ser social e juridicamente eficiente, tem de ser conhecida e percebida pelo destinatário”<sup>647</sup> e, logo, a informação desacompanhada da diligência profissional

---

<sup>643</sup> Cf. IAIN RAMSAY, *Consumer protection in the era of informational capitalism*, 2000, p. 58-60.

<sup>644</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Que informação para os consumidores?*, 2008, p. 135.

<sup>645</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 142. O autor completa com a ideia de que o excesso de informação “pode permitir que passem despercebidos os aspectos efectivamente importantes, porque ninguém lê um livro de instruções como quem devora um romance”.

<sup>646</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 143.

<sup>647</sup> Cf. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico*, 1985, p. 27.

tendente à sua assimilação pelos consumidores é inútil, ineficiente e ineficaz do ponto de vista da sua tutela.<sup>648</sup>

*b) Mais informação = melhor informação?*

“Os riscos decorrentes da penúria de informação correm em paralelo com os que resultam do excesso de informação”.<sup>649</sup> É quase lugar-comum dizer-se que o excesso de informação desinforma<sup>650</sup>, desinteressa<sup>651</sup>, desnorteia<sup>652</sup> o consumidor comum colocado perante informação abundante que, em vez de cumprir a sua função, desencoraja o mais zeloso de sequer encetar a compreendê-la.<sup>653</sup>

Subsiste, no entanto, uma correlação entre o reforço do nível de proteção dos consumidores e a *extensão das listas* de informações a serem prestadas. Algumas normas, sobretudo no plano da informação pré-contratual, têm vindo a ser sucessivamente aditadas. Exemplo paradigmático é o rol de informações pré-contratuais a prestar aos consumidores nos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, aumentado em 2014 de 9 para 23 itens. Não discutimos obviamente o mérito de tais alterações legislativas, mas devemos questionar se e em que medida o alargamento das listas de aspetos a informar se traduz num efetivo fortalecimento dos interesses económicos do consumidor. Ou, pelo contrário, se tal não produz nos consumidores uma falsa tranquilidade e, nos

---

<sup>648</sup> Bastará pensar nas menções obrigatórias na publicidade a medicamentos não sujeitos a receita médica para nos questionarmos sobre qual a utilidade que o consumidor retira de informações em letra reduzida, que “correm” pelo ecrã televisivo ou são “lidas” em velocidade supersónica na rádio.

<sup>649</sup> Cf. MANUEL PINTO, *O papel dos media na promoção da democracia e dos indivíduos na sociedade da informação*, 2003, p. 2.

<sup>650</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, 2012, p. 353.

<sup>651</sup> Cf. CLÁUDIA MADALENO, *Informação e Publicidade. Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros*, 2012, p. 78.

<sup>652</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 143.

<sup>653</sup> Mesmo quando o consumidor possua algum domínio da linguagem técnica ou jurídica que lhe é apresentada.

profissionais, uma “desresponsabilização” pelo cumprimento cabal dos deveres de informação de que estão investidos.<sup>654</sup>

A nível da harmonização total europeia, tentada por estas listas de informação pré-contratual a prestar aos consumidores, Pegado Liz realça a necessidade das listas serem adequadas, identicamente transpostas nos estados-membros, corretamente interpretadas, cumpridas e aplicadas pelos seus destinatários, uniformemente interpretadas em caso de incumprimento pelas entidades administrativas ou judiciais competentes, e que o seu incumprimento fosse sempre devida e efetivamente sancionado.<sup>655</sup> O autor preconiza que “não é a quantidade da informação que conta”, mas sim a sua *adequação* às necessidades e expectativas dos consumidores e a “*adequabilidade*” para o público consumidor, que exige por vezes simplificação da linguagem técnica.<sup>656</sup> Os direitos dos consumidores são distintamente um dos domínios em que *mais* informação não significa necessariamente *melhor* informação. Pelo contrário, o excesso informativo, favorecido por uma deficiente formação, pode representar para os consumidores um *summum jus summa injuria*.<sup>657</sup>

c) *Consumidor médio = consumidor informado?*

A Diretiva 2005/29/CE relativa às práticas comerciais desleais (incluindo informações erróneas e publicidade enganosa) apresenta, como critério de aferição do carácter (des)leal de uma prática, o conceito do *consumidor médio*. Como já vimos, a LPCD, diploma nacional de transposição, não aclara o conceito, mas a Diretiva fá-lo no seu Considerando 18, entendendo este consumidor médio como

---

<sup>654</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 142-143.

<sup>655</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Que informação para os consumidores?*, 2008, p. 137-138.

<sup>656</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, 2012, p. 344-345.

<sup>657</sup> A propósito do regime jurídico do crédito aos consumidores, Cf. MÁRIO FROTA, *Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma*, 2011, p. 53.

“normalmente informado e razoavelmente atento e advertido, tendo em conta fatores de ordem social, cultural e linguística”.<sup>658</sup> Este conceito tem sido assaz criticado, pela doutrina e inclusivamente por instâncias da própria UE, como o Parlamento Europeu que considerou que o conceito “carece da flexibilidade necessária para se adaptar a casos específicos e, por vezes, não corresponde a situações da vida real”<sup>659</sup>. Pegado Liz, então membro do Comité Económico e Social Europeu, chama-lhe mesmo um “mito”<sup>660</sup>.

São, em nosso entender, legítimas tais críticas. Por um lado, porque a abstração de um consumidor informado e atento não corresponde à realidade em que os consumidores atuam e contratam. Por outro lado, este conceito deixa desprotegidos precisamente os consumidores mais carecidos de proteção, pelo menor acesso à informação ou menor capacidade de a compreender.<sup>661</sup> Mesmo a referência complementar ao “membro médio do grupo” (no caso de práticas dirigidas a um grupo determinado de consumidores) não se encontra suficientemente concretizada para o obviar.

Em matéria de controlo da publicidade comercial, defende Guido Alpa que não é possível adotar um critério uniforme de avaliação, mas antes se impõe uma ponderação em função do estrato social e da capacidade de crítica do destinatário.<sup>662</sup> Anuímos nas dificuldades práticas de uma tal apreciação casuística, mas cremos que tal possa ser um estímulo ao legislador e intérprete na *concretização* do conceito de consumidor médio, por apelo a alguns dos *indicadores* fornecidos por Maria Ana Fonseca: idade, literacia, condições socioculturais e económicas do consumidor, preço do produto ou serviço, grau de atenção (maior para bens

---

<sup>658</sup> Como vimos, a Diretiva apoia-se em jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Cf. CLÁUDIA MADALENO, *Informação e Publicidade. Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros*, 2012, p. 75-79.

<sup>659</sup> Cf. Relatório sobre uma estratégia de reforço dos consumidores vulneráveis (2011/2272 (INI), ponto 3.

<sup>660</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Que informação para os consumidores?*, 2008, p. 136.

<sup>661</sup> Cf. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia*, 2003, p. 315.

<sup>662</sup> Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 102.

duradouros ou de uso excecional do que para os de consumo corrente), marca, publicidade, embalagem, qualidade do produto e conhecimento da prática comercial.<sup>663</sup>

*d) Direito a ser informado = obrigação de se informar?*

A ficção de um consumidor que, empossado de toda a informação necessária, atua no mercado de forma racional e atenta, foi paulatinamente contagiando (diríamos até contaminando) os decisores políticos, os agentes do mercado e até os próprios consumidores, que na reduzida solidariedade que os caracteriza enquanto grupo económico, “absolvem” práticas e profissionais ímprobos sempre que o consumidor que os demanda tenha cometido o “pecado” de não se informar devidamente. Muitos não cuidam de perceber se o *dever* de informação foi *cumprido* (o que não é de todo sinónimo de informação disponibilizada), e lesto apontam o dedo ao consumidor desatento, sem relevar sequer as categorias mais vulneráveis.

A esta visão está subjacente a “transferência de responsabilidade” que descreve Pegado Liz:

“de um direito a ser informado, o consumidor passou a ser obrigado a informar-se, a procurar a informação, a entender essa informação que lhe seja disponibilizada e, até, a entender que ‘as afirmações exageradas’ são uma prática publicitária comum e legítima, ‘que não são destinadas a ser interpretadas literalmente’”.<sup>664</sup>

O insigne conselheiro europeu refere-se na parte final ao preceituado no artigo 5.º n.º 3 da Diretiva 2005/29/CE, que não foi objeto de transposição para o nosso ordenamento interno, e que legitima – mesmo perante os consumidores

---

<sup>663</sup> Cf. MARIA ANA CABRAL SACADURA ALEXANDRE DA FONSECA, *Do consumidor médio: reflexões em torno do conceito*, 2012, p. 23 e segs.

<sup>664</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação*, 2012, p. 340-342.

particularmente vulneráveis – algumas práticas publicitárias como declarações não-sérias. Este protagonismo do consumidor na sua própria informação e na interpretação das afirmações publicitárias parece resultar num efeito inverso ao fito protetor da diretiva, “promovendo, em vez de desincentivar, certas práticas publicitárias pouco transparentes”.<sup>665</sup>

*e) Consumidor informado = consumidor confiante?*

As políticas europeias colocam a tónica, de forma geminada, na confiança do consumidor e na garantia da concorrência. E é, portanto, crítica recorrente que a proteção dos consumidores releva não como um fim em si, mas enquanto meio de garantir o funcionamento do mercado interno, secundarizando-se assim as medidas que não tenham com este uma ligação direta.<sup>666</sup> O consumidor é “reflexamente protegido” e “instrumentalizado pela confiança que lhe é infundida”.<sup>667</sup>

Mas *proteção* do consumidor e *confiança* do consumidor são distintas noções.<sup>668</sup> Aliás, “a política de incutir confiança no consumidor pode representar um fenómeno colectivo e qualificado de induzir o público em erro” e em certos casos seria até benéfico combater e não suscitar essa confiança.<sup>669</sup> Além do que, a informação por si não torna o consumidor mais confiante, em particular no comércio transfronteiriço, pejado ainda de receios técnicos e jurídicos.<sup>670</sup> A confiança não se consegue apenas pela quantidade, qualidade e acessibilidade da

---

<sup>665</sup> Cf. CLÁUDIA MADALENO, *Informação e Publicidade. Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros*, 2012, p. 76.

<sup>666</sup> Cf. MONIQUE GOYENS, *Consumer in a single european market: what challenge for the EC agenda?*, 1992, p. 72-74.

<sup>667</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 139. Cf. ainda Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 98-99.

<sup>668</sup> Cf. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia*, 2003, p. 311-312. Conclui o autor que parece “que a preocupação das autoridades comunitárias se centra mais em ganhar a confiança do consumidor, dado que esta é essencial para que o mercado interno funcione, do que assegurar um elevado nível de protecção do consumidor como exige o art.º 153 do Tratado que institui a União Europeia”.

<sup>669</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 139.

<sup>670</sup> Como a segurança dos pagamentos, a fiscalidade das transações, o cibercrime relacionado com apropriação de dados pessoais, entre outros.



informação disponível, mas sim dotando os cidadãos de mecanismos que lhes permitam compreender efetivamente a informação recebida e utilizá-la nas suas decisões quotidianas.<sup>671</sup>

*f) Consumidor = consumidor europeu?*

Muitos destes paradoxos relacionam-se com a problemática do nível de harmonização que a União Europeia tem imprimido nas suas mais recentes políticas de defesa do consumidor.<sup>672</sup> De uma harmonização *mínima* (que permite aos Estados-Membros garantirem aos seus cidadãos níveis de proteção mais elevados), a União Europeia passou para uma abordagem de harmonização *máxima* ou plena, que elimina as diferenças de legislação. Apesar de esta forma de intervenção aumentar a certeza e segurança jurídicas, levanta dois problemas fundamentais aos consumidores europeus, como bem aponta Luís Silveira: desde logo, não acolhe as diferenças (educacionais, culturais, económicas, jurídicas, etc.) entre os Estados-Membros; e dada a inerente dificuldade em criar consensos, conduz à nivelação pelo mínimo denominador consumo ao invés do “elevado nível de proteção dos consumidores” que os Tratados da União impõem.<sup>673</sup> Na perspetiva da proteção do consumidor, a harmonização não é um fim em si mesma, mas tão-somente na medida em que o seja ao nível mais elevado de proteção existente na União. Ora

---

<sup>671</sup> Cf. Parecer do CESE INT/155 (2.3).

<sup>672</sup> Sobre a harmonização europeia do Direito do Consumo, é valiosa a visão crítica de Jean Calais-Auloy, que analisa o que considera os dois entraves principais a essa harmonização: a *complexidade da legislação* e a *insuficiência da proteção*. Relativamente ao primeiro aspeto, o insigne jurista aponta a falta de clareza e simplicidade (que aumenta o desequilíbrio entre profissionais e consumidores) bem como as incoerências entre os próprios textos comunitários. No que se refere à proteção insuficiente, considera o autor que tal resulta do facto de os direitos serem limitados (pela derrogação de algumas normas, em nome de uma harmonização máxima) e, por outro lado, difíceis de pôr em prática (pelas dificuldades ao nível do regime sancionatório e do exercício da ação judicial, em particular se transfronteiriça) – Cf. JEAN CALAIS-AULOY, *Regard Critique sur L'harmonisation Européenne du Droit de la Consommation*, 2012.

<sup>673</sup> Cf. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia*, 2003, p. 314-315. Jean Calais-Auloy entende ser de evitar a expressão “harmonização máxima” precisamente por induzir em erro quanto ao nível de proteção alcançado – Cf. JEAN CALAIS-AULOY, *Regard Critique sur L'harmonisation Européenne du Droit de la Consommation*, 2012, p. 312, nota 1.



esta mudança de paradigma, se para os Estados-Membros com políticas de defesa do consumidor menos consolidadas pode ser vista de forma positiva, para os demais, cujas políticas refletiam padrões sociais, culturais e de mercado já enraizados, é iminente o risco de retrocesso<sup>674</sup> de uma proteção “conseguida através de árdua evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial”.<sup>675</sup>

Monique Goyens lista alguns fatores que contribuem para discrepâncias entre Estados-Membros, inconsistentes com este princípio de harmonização, como sejam as diferenças de interpretação (de acordo com a cultura e tradição jurídica de cada país), os atrasos na transposição das diretivas comunitárias, a (in)eficiência das autoridades nacionais e a ausência de penalizações a nível europeu.<sup>676</sup> Uma das formas de ação propostas pela Diretora-Geral do BEUC para promover um mercado interno “amigável” para o consumidor é precisamente no que respeita à informação do consumidor e à utilização dos principais meios audiovisuais na sua educação face aos desafios do mercado interno. Outra preocupação é, no âmbito do *marketing* transfronteiriço, a falta de cooperação entre as autoridades nacionais na prevenção e repressão de práticas enganosas e fraudulentas.<sup>677</sup> Mudanças necessárias, ainda hoje, para garantir que “o sistema comunitário não só vai existir para os comerciantes, mas também para as pessoas”<sup>678</sup> e a confiança europeia se reflita no quotidiano dos consumidores de cada Estado-Membro.

---

<sup>674</sup> Cf. MONIQUE GOYENS, *Consumer in a single european market: what challenge for the EC agenda?*, 1992, p. 71.

<sup>675</sup> Cf. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia*, 2003, p. 313-317.

<sup>676</sup> Cf. MONIQUE GOYENS, *Consumer in a single european market: what challenge for the EC agenda?*, 1992, p. 75-77.

<sup>677</sup> Cf. MONIQUE GOYENS, *Consumer in a single european market: what challenge for the EC agenda?*, 1992, p. 77-91.

<sup>678</sup> Tradução nossa. No original: “A rapid change of attitudes is necessary in order to make sure that the Community system will not only exist for traders, but also for people” - Cf. MONIQUE GOYENS, *Consumer in a single european market: what challenge for the EC agenda?*, 1992, p. 92.

## **1.2. Necessidade de uma regulamentação específica da publicidade dirigida a menores**

Muitos dos argumentos<sup>679</sup> contra a excessiva contenção da publicidade, dada a sua importância económica e a tutela da iniciativa privada não colhem quando nos referimos à publicidade infantojuvenil. É preciso “desmistificar” a confusão entre regulação e censura da publicidade infantil<sup>680</sup> ou a posição dos que consideram que esta regulamentação já está consolidada de forma bastante nos regimes jurídicos aplicáveis à publicidade ou às relações de consumo genericamente consideradas.

A alteração dos sujeitos destinatários da publicidade implica necessariamente uma ponderação diferente dos valores em presença e conflito. Seguindo a exímia abordagem de Tamara Gonçalves, a regulamentação da publicidade dirigida a crianças está n’um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor<sup>681</sup>. Para além da tutela constitucional dos consumidores, os menores beneficiam da proteção que a lei fundamental confere aos direitos sociais à infância e à juventude, o que torna a publicidade que ofenda estes valores constitucionalmente consagrados subsumível à previsão normativa do artigo 7.º CPub, e como tal proibida por violação do

---

<sup>679</sup> Vejam-se alguns deles nos processos descritos por Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 134-144.

<sup>680</sup> Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 144.

<sup>681</sup> Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014. Embora referindo-se ao ordenamento jurídico brasileiro, o paralelismo com o sistema normativo português é facilmente concretizado.

princípio da licitude nele vertido. É em nome desta proteção que se impõe uma regulamentação específica da publicidade infantil.<sup>682</sup>

O debate em torno da publicidade infantojuvenil comporta naturalmente uma opção entre *permitir*, *restringir* ou *proibir* a publicidade dirigida a menores.

Nunes Azevedo defende um “relativismo funcional” já que a questão coloca nos pratos da balança a atividade publicitária indispensável à atividade económica privada numa economia de mercado, de um lado, e direitos de personalidade humana, do outro. Assim, o autor rejeita a proibição total, mas antes a limitação à publicidade dirigida a menores, não só na televisão, mas igualmente nos espaços físicos. Para Fábio Jun Capucho, a hipótese de proibição não é viável, na medida em que a publicidade é atividade *a priori* lícita, que pode ser restringida para salvaguarda de outros valores fundamentais, mas sempre mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Para o autor, não se deverá banir a publicidade infantil, antes evitar “os danos advindos da má publicidade, aquela que desborda de seu papel” e nessa medida o atual sistema normativo é adequado e suficiente para a tutela dos interesses dos menores.<sup>683</sup>

Já Larissa Leal e Raíssa Barbosa defendem que toda a publicidade dirigida a crianças é abusiva e ilegal, e que os destinatários de qualquer comunicação mercadológica devem ser os pais. As autoras questionam porque há tanta publicidade dirigida a crianças se elas não têm o poder económico para consumir; porque é possível anunciar para crianças se a publicidade abusiva é ilegal<sup>684</sup>; e

---

<sup>682</sup> Destacamos aqui o Projeto “Criança e Consumo”, do Instituto Alana, no Brasil, disponível na WWW:<<http://criancaeconsumo.org.br/>> [Consult. 04.05.2021].

<sup>683</sup> Cf. FÁBIO JUN CAPUCHO, *Publicidade infantil : necessidade de regulamentação específica?*, 2013, p. 642.

<sup>684</sup> Cf. artigo 37.º do CDC: “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. Em bom

finalmente quem define o limite aceitável de abordagem publicitária das crianças, para concluírem que esse limite não existe “porque veicular publicidade dirigida às crianças é ilegal e a ilegalidade não costuma admitir balizamentos que a disfarcem”.<sup>685</sup>

Os meios de comunicação social são especialmente implicados neste debate. A Recomendação 2006/952/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de dezembro de 2006, relativa à proteção de menores e da dignidade humana e do direito de resposta, determina que se deve “assegurar que o conteúdo dos serviços audiovisuais e de informação permanece dentro da lei, respeita o princípio da dignidade humana e não prejudique o desenvolvimento dos menores”. E a Diretiva 2010/13/EU de 10 de março de 2010 (Serviços de Comunicação Social Audiovisual) inclui nos seus considerandos a proteção do desenvolvimento físico, mental e moral dos menores também face às comunicações comerciais. No ordenamento jurídico nacional, é obrigação dos operadores de rádio e televisão “a observância de uma ética de antena que assegure o respeito pela dignidade da pessoa humana, pelos direitos fundamentais e demais valores constitucionais, em especial o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes” (artigo 32.º n.º 1 LR e artigo 34.º n.º 1 LT). Aos concessionários do serviço público é atribuída de modo particular a incumbência de “promover a formação e a valorização cultural e cívica dos telespectadores, garantindo o acesso de todos à informação, à educação e ao entretenimento de qualidade” e contribuir para a formação do público jovem e infantil (artigo 49.º LR e artigo 51.º LT).

No caso particular da televisão e dos serviços audiovisuais a pedido, o legislador estabelece limites à liberdade de programação, atenta a proteção da personalidade dos menores, diferenciando os programas pelo grau de influência ou

---

rigor, esta norma, à semelhança do nosso artigo 14.º do CPub, não proíbe o direcionamento por si mesmo, mas sim a exploração da inexperiência ou credulidade e o fator “NAG” pelo que no limite tudo dependerá da forma como a mensagem publicitária é concretizada.

<sup>685</sup> Cf. LARISSA MARIA DE MORAES LEAL e RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA, *A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional*, 2014, p. 54-56.

prejuízo na formação da personalidade destes públicos vulneráveis, e esclarecendo que estes limites respeitam a todos os elementos de programação, incluindo a publicidade e a autopromoção, serviços de teletexto e guias eletrónicos de programação (artigo 27.º LT).

Assim, são proibidos os elementos suscetíveis de prejudicar manifesta, séria e gravemente a livre formação da personalidade de crianças e adolescentes (designadamente por conterem pornografia ou violência gratuita) e *condicionados* outros conteúdos passíveis de influírem de modo negativo na formação daquela personalidade (que só podem ser emitidos entre determinado horário, e com difusão permanente de um identificativo visual apropriado<sup>686</sup>)<sup>687</sup>. No caso dos serviços audiovisuais a pedido, exige-se, para além deste identificativo, a “adoção de funcionalidades técnicas que permitam a quem esteja atribuído o exercício das responsabilidades parentais, se assim o entenderem, vedar o acesso das crianças e jovens a tais conteúdos” (artigo 27.º n.º 6 LT).<sup>688</sup>

Em matéria de comunicação comercial, o Código da Publicidade português reflete em diversas normas a tutela do estatuto jurídico dos menores desde logo, na concretização do princípio do respeito pelos direitos do consumidor (artigo 12.º CPub), pela proibição de publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor ou apresente situações em que a segurança não seja respeitada, impondo-se uma particular cautela no caso de publicidade especialmente dirigida a crianças, adolescentes, idosos ou deficientes (artigo 13.º CPub).

---

<sup>686</sup> Vulgarmente designada “bolinha vermelha”, exibida no canto superior direito da televisão durante a emissão de programas que assim o exigem.

<sup>687</sup> Cf. IV 4.2 quanto à necessária retificação a efetuar após a última alteração legislativa do diploma.

<sup>688</sup> Até fevereiro de 2021, esta disposição constava do n.º 10 do diploma, que estabelecia que “Os programas dos serviços audiovisuais a pedido que sejam suscetíveis de prejudicar manifesta, séria e gravemente a livre formação da personalidade de crianças e adolescentes, tais como os de conteúdo pornográfico, apenas podem ser disponibilizados mediante a adoção de funcionalidades técnicas adequadas a evitar o acesso a esses conteúdos por parte daquele segmento do público”.

Os menores figuram entre as restrições (ao conteúdo e objeto da publicidade) presentes na lei. No artigo 14.º CPub, o legislador trata a questão a dois níveis: o menor como destinatário da publicidade (n.º 1) e o menor como interveniente na publicidade (n.º 2):

- Como *destinatários*, o ênfase é colocado na sua vulnerabilidade psicológica, pelo que a publicidade especialmente dirigida a menores deverá abster-se de: “a) Incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço; b) Incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão; c) Conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência; d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.”<sup>689</sup>
- Como *intervenientes*, dispõe-se que “os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre eles e o produto ou serviço veiculado”.<sup>690</sup>

---

<sup>689</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 77-78, que assinala a “esquizofrenia (ou idealismo) da norma uma vez que nela se identifica uma exigência incompatível com o fim da própria actividade publicitária. Exigir à publicidade que se abstenha de incitar o destinatário da mensagem ao consumo, directo ou por interposta pessoa [...] é o mesmo que pedir à publicidade que deixe de o ser”. Margarida Almada Bettencourt considera igualmente este artigo “hoje completamente desajustado da realidade comunicacional que envolva menores de idade” - Cf. MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição?*, 2007, p. 162.

<sup>690</sup> Pedro Quartin Graça e Margarida Bettencourt assinalam o subjetivismo dos conceitos “ligação [relação] direta” e “intervenientes principais”, considerando que este último deve ser preenchido de acordo com critérios de qualidade e não quantidade da intervenção, não considerando abrangidos pela proibição legal os menores como “figurantes mais destacados”, quando não haja possibilidade de dano na esfera jurídica dos menores e a sua utilização se deva a meros critérios de eficácia publicitária – Cf. PEDRO QUARTIN GRAÇA SIMÃO JOSÉ e MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia*, 2003, p. 205.

Esta relação não significa associar menores a produtos ou serviços que eles utilizem, mas tão-somente a produtos ou serviços infantis.<sup>691</sup>

Por outro lado, a publicidade a bebidas alcoólicas não pode dirigir-se especificamente a menores nem os apresentar a consumir tais bebidas e, em eventos desportivos, culturais, recreativos ou outros em que participem menores não podem ser exibidas ou mencionadas, implícita ou explicitamente, marca(s) de bebidas alcoólicas (artigo 17.º CPub). Já nos estabelecimentos de ensino ou em publicações, programas ou atividades destinadas a menores, é proibida a publicidade a bebidas alcoólicas, tabaco ou qualquer tipo de material pornográfico (artigo 20.º CPub).

Também a publicidade a produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados tem atualmente inúmeras restrições, quase todas relacionadas com locais, atividades e meios utilizados por crianças (artigos 20.º-A e 20.º-B CPub), sendo a única restrição do Código da Publicidade que expressamente refere os meios digitais ao proibir a publicidade a estes produtos em “na internet, através de sítios páginas ou redes sociais, bem como em aplicações móveis destinadas a dispositivos que utilizem a internet, quando os seus conteúdos tenham como destinatários os menores de 16 anos.”

Por último, a publicidade a jogos e apostas<sup>692</sup> deve ser efetuada de forma socialmente responsável, respeitando a proteção dos menores e outros grupos

---

<sup>691</sup> Arriscamos dizer que esta é a norma mais ignorada do Código da Publicidade, tantos e tão flagrantes são os seus atropelos. E se há casos em que a associação do protagonista menor ao produto, ainda que este não seja infantil, é tolerável (caso do queijo, por exemplo), outros há em que não só não há nenhuma relação direta com o produto, como essa associação é indesejada e perigosa (caso dos detergentes, que devem ser mantidos longe das crianças).

<sup>692</sup> As restrições em matéria de publicidade foram introduzidas no CPub pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril (Regime Jurídico dos Jogos e Apostas *Online*). Nos termos do artigo 6.º daquele diploma é proibida a menores a prática de jogos e apostas *online*, diretamente ou por interposta pessoa. São obrigações das entidades exploradoras: definir uma política de jogo responsável que inclua medidas de prevenção do acesso a menores (artigo 7.º n.º 3 c)), implementar meios que impeçam os menores e outros grupos socialmente vulneráveis de realizar o registo de



vulneráveis e de risco “privilegiando o aspeto lúdico da atividade e não a obtenção fácil de um ganho, não sugerindo sucesso, êxito social ou especiais aptidões por efeito do jogo, nem encorajando práticas excessivas de jogo ou aposta” (artigo 21.º CPub). Estabelece este normativo que é expressamente proibida a publicidade de jogos e apostas dirigida a menores ou com intervenção de menores, bem como a publicidade no interior ou a menos de 250 metros de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores. Determina ainda que não devem existir menções, explícitas ou implícitas, a jogos e apostas nos locais onde decorram eventos destinados ou principalmente participados por menores e nas comunicações comerciais e publicidade desses mesmos eventos.<sup>693</sup>

Na regulamentação das diferentes formas de comunicação comercial *audiovisual*, a alteração da lei da televisão operada em 2011 para cumprir os ditames de transposição da Diretiva europeia acentua a vulnerabilidade do público mais jovem, apontando alguns limites à publicidade que lhes é dirigida, em particular por ocasião dos programas infantis. Quanto à inserção (artigo 40.º-B LT) de publicidade televisiva<sup>694</sup> dispõe o legislador que “a transmissão de programas

---

jogador (artigo 26.º n.º 1 n)) e facultar informação sobre as proibições de jogar (artigo 30.º c)). Permitir a prática de jogos e apostas *online* a menor constitui uma contra-ordenação grave, punível com coima (artigo 57.º n.º 1 a).

<sup>693</sup> Em Espanha, o Real Decreto 958/2020, de 3 de novembro, relativo às comunicações comerciais das atividades de jogo apresenta um enquadramento mais detalhado. Alude-se à proliferação das comunicações comerciais associadas a este tipo de atividades e à exigência social de medidas de medidas de carácter preventivo, sensibilização, controlo e intervenção, pelas graves consequências sobre os mais vulneráveis. Proíbe, entre outras, a utilização de mascotes ou melodias associadas a menores, a utilização da imagem, voz ou aparência de menores, a apresentação da prática de jogo como sinal de maturidade ou adultícia, e a inserção em aplicações, páginas web ou conteúdos digitais dirigidos a menores ou juntamente com links de páginas web destinadas ao mesmo público. O diploma inclui ainda algumas especificidades relacionadas com menores quanto aos canais de difusão publicitária, designadamente serviços de comunicação audiovisual, serviços da sociedade da informação, plataformas de partilha de vídeos e redes sociais – Cf. na WWW:< <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-13495>> [Consult. 09.02.2021]. Adiante faremos ainda referência ao instrumento de autorregulação nesta matéria.

<sup>694</sup> Cf. artigo 2.º n.º 1 r) LT, “a comunicação comercial audiovisual difundida em serviços de programas televisivos a troco de remuneração ou retribuição similar, ou com carácter autopromocional, por uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, relacionada com uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissão liberal, com o objetivo de promover o

infantis só pode ser interrompida por publicidade televisiva uma vez por cada período de programação de, no mínimo, trinta minutos desde que a duração prevista para o programa seja superior a trinta minutos” (n.º 5). É ainda proibida a e-teleavenda<sup>695</sup> no decurso de programas infantis e nos quinze minutos imediatamente anteriores e posteriores à sua transmissão, bem como a publicidade televisiva em ecrã fracionado<sup>696</sup> no decurso de programas infantis (n.º 3).

Quanto à inclusão ou referência a um bem ou serviço em programas (artigo 41.º-A LT) infantis, a lei proíbe a colocação de produto<sup>697</sup> em programas infantis (n.º 1), mas admite nesses programas a ajuda à produção<sup>698</sup>, desde que não haja apresentação de mensagens comerciais suscetíveis de prejudicar o desenvolvimento integral, físico, mental ou emocional das crianças e jovens (n.º 8).

No decurso de programas infantis e nos cinco minutos imediatamente anteriores e posteriores à sua transmissão, fica também vedada a inclusão de funcionalidades que permitam a passagem para ambiente interativo que contenha publicidade (artigo 41.º-D n.º 2 LT).

---

fornecimento, mediante pagamento, de produtos ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações”.

<sup>695</sup> Cf. artigo 2.º n.º 1 v) LT, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na difusão de ofertas diretas ao público com vista ao fornecimento de bens ou serviços *mediante* pagamento”.

<sup>696</sup> Cf. artigo 40.º-A n.º 2 b) LT.

<sup>697</sup> Cf. artigo 2.º n.º 1 d) LT, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço, ou à respetiva marca comercial, num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar”.

<sup>698</sup> Cf. artigo 2.º n.º 1 b) LT, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço num programa, a título gratuito”.

## **2. REGULAMENTAÇÃO DO AMBIENTE DIGITAL**

A *internet* em geral e as redes sociais em particular são muitas vezes encaradas como espaços quase de anarquia a nível legislativo e regulamentar, terra sem lei “simultaneamente como território de todos e de ninguém”.<sup>699</sup>

Mas não podemos cair no equívoco de considerar que a *internet* extravasou irremediavelmente o campo jurídico.<sup>700</sup> Desde logo, porque há regulamentação que se aplica indistintamente quer estejamos a falar de comportamentos ou realidades *online* quer *offline*, até porque “realidades virtuais são tanto ou mais reais do que a própria realidade no que toca à possibilidade de ocorrência de ilícitos”.<sup>701</sup> Assim, para muitos dos aspetos a regular em ambiente digital as respostas estão nos instrumentos legislativos aplicáveis fora desse ambiente. Como exemplo, se estivermos perante uma difamação numa rede social, as regras gerais de responsabilidade civil e criminal a observar são as mesmas do que para uma similar conduta em ambiente físico. O mesmo vale para a maioria dos ilícitos criminais, com exceção do cibercrime propriamente dito. E assim também quanto a violações de direitos de personalidade, aspetos contratuais relacionados com a menoridade, práticas comerciais direcionadas a consumidores, etc.

Muitos empreendedores no setor digital, no início da atividade, procuram pela lei com a qual conformar o seu negócio. Cedo se descobrem enredados em legislação parcelar, maioritariamente não codificada, como a relativa a publicidade, propriedade intelectual, proteção de dados pessoais, cláusulas contratuais gerais, comércio eletrónico ou direitos do consumidor. E quando pensamos em ambiente digital pensamos em diferentes realidades – como sejam redes sociais, aplicações, sítios e *blogs*, plataformas digitais de economia partilhada, jogos *online* – para as

---

<sup>699</sup> Cf. ANA FAZENDEIRO, *"Redes sociais", espaço à margem da lei?*, 2013, p. 99.

<sup>700</sup> Cf. JOSÉ IGNACIO BEL MALLÉN, *Derecho a la intimidad personal, uso de cámaras ocultas y otras amenazas a los derechos personales*, 2013, p. 393.

<sup>701</sup> Cf. ANA FAZENDEIRO, *"Redes sociais", espaço à margem da lei?*, 2013, p. 109.

quais não existe um enquadramento jurídico unitário. A regulamentação do ambiente digital acompanha a dispersão da própria realidade a regular. Enquanto no setor audiovisual encontramos um quadro jurídico consolidado para cada um dos *media* tradicionais e instâncias de regulação definidas, o ambiente digital, plurifacetado, implica uma abordagem legal igualmente heterogénea.

O mercado digital coloca ao Direito em geral e ao Direito do Consumo em particular alguns desafios.<sup>702</sup> E quando falamos de consumidores menores de idade, muitos destes desafios envolvem não só aspetos económicos e contratuais, mas também aspetos de desenvolvimento da personalidade. Autonomizamos neste capítulo os que se nos afiguram parecem mais pertinentes e atuais do ponto de vista da tutela do consumidor menor como público e que *de lege ferenda* importa ponderar. Mais do que aportar soluções, pretendemos neste ponto realçar problemáticas que exigirão a atenção do legislador e dos responsáveis políticos.

## **2.1. A publicidade comportamental *online***

As crianças vivem num mundo digital datafocado, comercializado e hiperconectado.<sup>703</sup> Este ambiente virtual é propício ao “cerco tentacular da publicidade”<sup>704</sup>, pela interatividade e *personalização* das comunicações comerciais<sup>705</sup>. Personalizar pressupõe conhecer a pessoa a quem tais comunicações

---

<sup>702</sup> Jorge Morais Carvalho destaca nove desses desafios, como sejam os *Big Data*, a *Internet of Things*, a *blockchain*, criptomoedas e *smart contracts*, os dados pessoais como contraprestação, as plataformas digitais, os conteúdos digitais e as impressoras 3D - Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo*, 2018.

<sup>703</sup> Sobre os conceitos de “datafication”, “hyperconnectivity” e “commercialization”, Cf. SIMONE VAN DER HOF, *I Agree... Or Do I? A Rights-Based Analysis of the Law on Children's Consent in the Digital World*, 2017, p. 103 e segs., a propósito do tema “Children in a data-intensive, hyperconnected and commercial digital world”.

<sup>704</sup> Cf. CARLA AMADO GOMES, *O direito à privacidade do consumidor – A propósito da Lei 6/99, de 27 de Janeiro*, 1999, p. 103.

<sup>705</sup> Cf. DAVID HARLAND, *The consumer in the globalized information society - the impact of the international organizations*, 2000, p. 13.

se direcionam, os seus interesses e preferências, o que nos remete para a problemática da utilização de testemunhos de conexão (mais conhecidos como *cookies*) na atividade publicitária.<sup>706</sup>

“A possibilidade de extrair informação sobre o histórico de navegação dos utilizadores permite a criação de perfis que possibilita o envio de publicidade extremamente incisiva”.<sup>707</sup> Os métodos que visam a criação desses anúncios mais incisivos podem catalogar-se em: a) publicidade contextual, em que os anúncios são selecionados de acordo com o que o utilizador está a visualizar naquele momento; b) publicidade segmentada, em que os anúncios são selecionados de acordo com características conhecidas dos utilizadores; e c) publicidade comportamental, em que os anúncios são selecionados, como o nome indica, de acordo com o comportamento do utilizador. Na definição do GT29,

“A publicidade comportamental tem por base a observação do comportamento das pessoas ao longo do tempo, procurando estudar as características deste comportamento através das suas ações (várias visitas ao mesmo sítio Web, interações, palavras-chave, produção de conteúdo em linha, etc.), com vista a criar

---

<sup>706</sup> Para além dos *cookies*, há outros sistemas de personalização das comunicações comerciais assentes em tratamento de dados pessoais dos utilizadores. São disso exemplo o *mobile marketing* por geolocalização e o uso de dados biométricos (tais como batimento cardíaco ou pressão arterial) para aferir a resposta a estímulos e estado emocional dos consumidores - Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A personalização da comunicação comercial e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – perspetivas futuras*, 2017, p. 59-60. Similarmente, a videovigilância é utilizada para traçar perfis de consumo e avaliar as reações (a produtos ou preços num estabelecimento comercial, por exemplo) pela análise das expressões faciais dos consumidores - Cf. TÊMIS LIMBERGER, *Da evolução do direito a ser deixado em paz à protecção dos dados pessoais*, 2011, p. 271. Foi também notícia o novo outdoor digital instalado na Piccadilly Circus, em Londres, que utiliza tecnologia de reconhecimento para exibir anúncios publicitários com base na idade, sexo e humor dos pedestres (através de um algoritmo de reconhecimento de pistas visuais, como altura, comprimento do cabelo, etc.) e na marca dos automóveis que passam - Cf. na WWW:<<https://www.thetimes.co.uk/article/personalised-ads-delivered-by-the-billboard-that-s-got-its-eye-on-you-hrxwrb3z>> [Consult. 09.04.2021].

<sup>707</sup> Cf. EMÍLIA GOLIM FONTAÍNHAS, FRANCISCO CARNEIRO PACHECO ANDRADE E JOSÉ BACELAR ALMEIDA, *Do consentimento para a utilização de testemunhos de conexão (cookies)*, 2016, p. 180.

um perfil específico e, deste modo, apresentar-lhes anúncios que correspondem aos interesses implícitos no seu comportamento”<sup>708</sup>

A tecnologia de monitorização mais utilizada no âmbito da publicidade comportamental em linha – ou *Online Behavioural Advertising* (OBA) – são então os testemunhos de conexão, comumente conhecidos por *cookies*, numa alusão aos “vestígios” ou “migalhas” que deixamos na nossa atividade *online*.

O testemunho “é um pequeno texto alfanumérico, que é armazenado no equipamento terminal da pessoa em causa”<sup>709</sup> e que pode ser acedido posteriormente. Podem ser classificados como *cookies* de sessão ou *cookies* permanentes, consoante tenham, respetivamente, uma natureza mais temporária que os faz expirar quando utilizador desliga o seu navegador, ou mais persistente, mantendo-se guardados no disco rígido do equipamento. Podem ser ainda *cookies* de origem ou primários, armazenados diretamente pelo sítio visitado, ou *cookies* de terceiros<sup>710</sup>.<sup>711</sup> Estes testemunhos cumprem distintos propósitos: uns estritamente necessários ao funcionamento técnico dos sítios, plataformas e aplicações; outros analíticos, dos dados de tráfego e maioritariamente para efeitos estatísticos; outros de funcionamento e personalização, que permitem ao utilizador guardar algumas das suas preferências para serem assumidas em visitas futuras; e finalmente os que são utilizados para finalidades publicitárias. É este último o campo de atuação mais valioso<sup>712</sup>, mormente a publicidade comportamental, em que o fornecedor de redes de publicidade pode “reler” a informação armazenada pelo testemunho de conexão, reconhecer o utilizador numa nova visita e construir um perfil que depois será

---

<sup>708</sup> Cf. Parecer 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha WP 171, do GT29, disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_pt.pdf)> (p. 5) [Consult. 08.09.2020].

<sup>709</sup> Cf. Parecer 2/2010 sobre publicidade comportamental em linha WP 171, do GT29, p. 6.

<sup>710</sup> Nos *cookies* de terceiros, existem muitas vezes nos sítios espaços publicitários independentes (ex.: *banners*, *pop-ups*, etc.) utilizados por parceiros do titular do sítio visitado.

<sup>711</sup> Cf. EMÍLIA GOLIM FONTAÍNHAS, FRANCISCO CARNEIRO PACHECO ANDRADE E JOSÉ BACELAR ALMEIDA, *Do consentimento para a utilização de testemunhos de conexão (cookies)*, 2016, p. 178-179.

<sup>712</sup> Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Os testemunhos de conexão (cookies)*, 2007, p. 763 e 765.



aproveitado para apresentar mensagens publicitárias ajustadas às suas áreas de interesse.

No enquadramento legal destes testemunhos de conexão importa considerar a Lei n.º 41/2004 de 18 de agosto que transpõe a Diretiva n.º 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas. Nos termos do artigo 5.º daquela lei, “o armazenamento de informações e a possibilidade de acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador apenas são permitidos se estes tiverem dado o seu consentimento prévio, com base em informações claras e completas nos termos da Lei de Proteção de Dados Pessoais, nomeadamente quanto aos objetivos do processamento”. Ficou assim consolidada, na versão atual da lei e ao contrário do que sucedia na versão original, um sistema de *opt-in*, assente no *consentimento* do utilizador.<sup>713</sup> E este consentimento deve ser *prévio* ao armazenamento dessas informações e acesso às mesmas, e *informado*, exigindo-se que essas informações sejam claras e completas, nomeadamente quanto aos objetivos do processamento feito dessas informações. O GT29, em documento de trabalho com orientações sobre a obtenção do consentimento para *cookies* reforça os elementos essenciais deste consentimento para processamento de *cookies*: para ser válido deve ser específico e baseado em informação adequada, em momento prévio ao início do processamento, inequívoco da vontade e escolha ativa do utilizador e dado livremente, i.e., “se o titular dos

---

<sup>713</sup> Esta alteração foi concretizada pela Lei n.º 46/2012, de 29 de agosto, que transpõe a a Diretiva n.º 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva n.º 2002/58/CE. Na versão original do artigo 5.º da Lei n.º 41/2004 dispunha-se que “A utilização das redes de comunicações eletrónicas para o armazenamento de informações ou para obter acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou de qualquer utilizador é apenas permitida quando estejam reunidas as seguintes condições: a) Serem fornecidas ao assinante ou utilizador em causa informações claras e completas, nomeadamente sobre os objetivos do processamento, em conformidade com o disposto na Lei da Protecção de Dados Pessoais; b) Ser dado ao assinante ou ao utilizador o direito de recusar esse processamento.” Esta possibilidade de recusa do processamento traduz um sistema de *opt-out*, enquanto a exigência de consentimento prévio reflete um sistema de *opt-in*.



dados puder exercer uma escolha real e não houver risco de engano, intimidação, coerção ou consequências negativas significativas se ele não consentir”.<sup>714</sup>

Assistimos nesta matéria, por parte dos profissionais, a práticas pouco diligentes e que condicionam esta *escolha ativa e real* do titular dos dados. Desde avisos pouco visíveis ou com informação incompleta e pouco clara à implantação de *cookies* por defeito ou mecanismos de consentimento que não contemplam a opção de recusa destes testemunhos de conexão ou impossibilitam a utilização do serviço caso o titular não consinta no armazenamento de *cookies*. Mais ainda quando os titulares dos dados são menores de idade, e onde falha a adequação de linguagem e os sistemas de verificação de idade.

Valem para estes testemunhos de conexão as considerações feitas a propósito das condições aplicáveis ao consentimento de crianças em relação aos serviços da sociedade da informação. As informações recolhidas através dos testemunhos de conexão constituem dados pessoais na aceção do artigo 4.º 1) RGPD sempre que o titular desses dados seja identificado ou identificável por referência a indicadores ou elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social. E, no contexto da publicidade comportamental *online*, em que a finalidade do tratamento de dados pessoais é a apresentação de publicidade personalizada, é o consentimento do titular que legitima tal tratamento (artigos 6.º n.º 1 a), 7.º e 8.º RGPD). Consentimento esse que como já vimos, deve consistir num ato livre, específico, informado e inequívoco. Não pode ser inferido da simples continuação de utilização do sítio plataforma ou aplicação (*scrolling and consent*), nem imposto ao utilizador para

---

<sup>714</sup> Tradução nossa. No original: “Consent can only be valid if the data subject is able to exercise a real choice, and there is no risk of deception, intimidation, coercion or significant negative consequences if he/she does not consent” -Cf. Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies WP 208, disponível na WWW:< [https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf)> (p.3) [Consult. 07.05.2021].

acesso a determinados serviços (*cookie walls*).<sup>715</sup> Na publicidade comportamental, como noutros tratamentos de dados, “o respeito pelo contexto, transparência e controlo permanece essencial”.<sup>716</sup>

Já não será necessariamente assim nos *cookies* de natureza mais técnica e temporária, em que não seja o consentimento a condição de legitimidade do processamento. Estabelece o artigo 5.º n.º 2 da Lei n.º 41/2004 que o disposto quanto ao consentimento “não impede o armazenamento técnico ou o acesso: a) Que tenha como única finalidade transmitir uma comunicação através de uma rede de comunicações eletrónicas; b) Estritamente necessário ao fornecedor para fornecer um serviço da sociedade de informação solicitado expressamente pelo assinante ou utilizador.” O normativo permite assim que os testemunhos de conexão fiquem isentos da obrigação de consentimento informado se respeitarem um daqueles critérios.

O GT29, em parecer sobre a isenção de consentimento nos *cookies*<sup>717</sup> esclarece que o requisito do “estritamente necessário” deverá ser aplicado na ótica do utilizador e não do prestador do serviço e que se for utilizado um testemunho para várias finalidades, cada uma delas deverá preencher aqueles critérios de isenção. Na catalogação dos testemunhos que apresentamos anteriormente,

---

<sup>715</sup> Cf. Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, disponível na WWW:<[https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_en)> [Consult. 08.05.2021].

<sup>716</sup> Tradução nossa. No original: “Respect for context, transparency and control remains essential”, título de um documento de trabalho do International Working Group on Data Protection in Telecommunications (IWGDPT) sobre *Web Tracking and Privacy*. O IWGDPT, com sede em Berlim, reúne representantes das autoridades de proteção de dados e outros órgãos das administrações públicas nacionais, organizações internacionais e cientistas de todo o mundo. Do mesmo organismo, veja-se ainda dois documentos de trabalho de 2019, relativos a *Online Services for Children* e *Smart Devices for Children*. Todos os documentos estão disponíveis na WWW:<<https://www.datenschutz-berlin.de/infothek-und-service/veroeffentlichungen/working-paper>> [Consult. 08.05.2021].

<sup>717</sup> Cf. Opinion 04/2012 on Cookie Consent Exemption WP194, do GT29, disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_en.pdf)> [Consult. 06.05.2021].

reconhece-se que os *cookies* de origem e de sessão têm mais probabilidade de isenção do que os *cookies* de terceiros persistentes, mas que é a finalidade do testemunho que determina a aplicabilidade da isenção e não as características técnicas.

O GT29 exemplifica com os cenários mais comuns e conclui que podem estar isentos de consentimento informado, sob determinadas condições, e se não forem utilizados para finalidades adicionais: 1) os testemunhos alimentados pelo próprio utilizador (*user-input cookies*) para aquela sessão ou um período limitado<sup>718</sup>; 2) os testemunhos de autenticação, conforme especificação do utilizador<sup>719</sup>; 3) os testemunhos de segurança centrados no utilizador<sup>720</sup>; 4) os testemunhos de sessão criados por um leitor multimédia<sup>721</sup>; 5) os testemunhos de sessão para equilíbrio de carga (*load balancing*)<sup>722</sup>; 6) os testemunhos de personalização da interface do utilizador (*UI customization cookies*)<sup>723</sup>; e 7) os testemunhos relativos a módulos de extensão (*plug-in*) para partilha de conteúdos em redes sociais<sup>724</sup>.

Já não estarão isentos de consentimento os testemunhos de terceiros, com módulos de extensão de conteúdos em redes sociais para outras finalidades, nomeadamente para seguimento (*Social plug-in tracking cookies*), os testemunhos de terceiros utilizados na publicidade comportamental (*Third party advertising*) e os testemunhos para medição estatística de audiências (*First party analytics*) ainda

---

<sup>718</sup> Por exemplo, o *cookie* que permite, no comércio eletrónico, ir adicionando itens ao “carrinho de compras”.

<sup>719</sup> Por exemplo, no *online banking* a possibilidade de recordar ou não as credenciais de acesso num dado dispositivo.

<sup>720</sup> Por exemplo, os testemunhos utilizados para detetar tentativas infrutíferas de iniciar a sessão ou acessos suspeitos.

<sup>721</sup> Por exemplo, testemunhos para armazenar os dados técnicos necessários à reprodução de conteúdos vídeo ou áudio.

<sup>722</sup> Por exemplo, para distribuir o tratamento dos pedidos dos utilizadores para um dos servidores internos disponíveis, já que durante a sessão os pedidos provenientes de um utilizador específico devem ser sempre transmitidos ao mesmo servidor para coerência do tratamento.

<sup>723</sup> Por exemplo, de preferência de língua ou quanto ao número de resultados por página.

<sup>724</sup> Por exemplo, para permitir à rede social identificar os seus membros quando interagem com esses módulos.

que representem um baixo risco se acompanhados de mecanismos de *opt-out* e anonimização.

O problema da utilização de tecnologias de monitorização para apresentação de publicidade adaptada aos interesses dos consumidores não é a personalização em si, mas sim o facto das informações pessoais serem muitas vezes recolhidas sem o conhecimento ou consentimento do consumidor, bem como os riscos inerentes à utilização que seja feita das informações recolhidas, nomeadamente a exploração comercial e definição de perfis de comportamento, inclusive com dados sensíveis. Não só as preferências comerciais, mas também “todas as nossas outras inclinações, ideológicas, afectivas ou sociais”<sup>725</sup> podem ser detetadas.<sup>726</sup> O Comité Europeu para a Proteção de Dados manifesta esta apreensão nas suas recentes orientações sobre a segmentação (*targeting*) dos utilizadores de redes sociais:

“O potencial impacto adverso da segmentação pode ser consideravelmente maior quando se trata de categorias vulneráveis de indivíduos, como crianças. A segmentação pode influenciar a formação das preferências e interesses pessoais das crianças, afetando em última instância a sua autonomia e seu direito ao desenvolvimento”<sup>727</sup>

Outro estudo preocupante e indiciador das vulnerabilidades dos menores em ambiente digital foi levado a cabo pela Universidade de Oxford<sup>728</sup>, relativamente

---

<sup>725</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 147.

<sup>726</sup> Um outro estudo mostra que um computador, pela análise de um determinado número dos nossos gostos/*likes* (no caso, na rede social *Facebook*), fica a conhecer mais sobre nós do que um colega de trabalho (10 *likes*), coabitante ou amigo (70 *likes*), membro da família (150 *likes*) e cônjuge (300 *likes*) - Cf. W. YOUYOU, M. KOSINSKI E D. STILLWELL, *Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans*, 2015.

<sup>727</sup> Tradução nossa. No original: “The potential adverse impact of targeting may be considerably greater where vulnerable categories of individuals are concerned, such as children. Targeting can influence the shaping of children’s personal preferences and interests, ultimately affecting their autonomy and their right to development” - Cf. Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, do Comité Europeu para a Proteção de Dados, disponível na WWW:<[https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb\\_guidelines\\_202008\\_onthetargetingofsocialmediausers\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/consultation/edpb_guidelines_202008_onthetargetingofsocialmediausers_en.pdf)> (p. 7) [Consult. 03.05.2021].

<sup>728</sup> Cf. REUBEN BINNS [et al.], *Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem*, 2018.

ao ecossistema móvel e à forma como as aplicações “monetizam” os dados dos utilizadores e exibem publicidade personalizada em função dos seus comportamentos. Numa análise de quase um milhão de aplicações disponíveis na loja Google Play, os investigadores aferiram que as aplicações direcionadas a crianças são das mais utilizadas para recolha de dados por outras empresas (*third party tracking*), com implicações ao nível da definição de perfis sem consentimento dos titulares dos dados ou titulares das responsabilidades parentais desses sujeitos, o que coloca desafios ao nível da proteção de dados e regulação<sup>729</sup> do ambiente digital.

O futuro terá de passar pela implementação (real) da proteção de dados desde a conceção e por defeito (a designada *privacy by design and by default*) plasmada no artigo 25.º RGPD.<sup>730</sup> Em nosso entender, o respeito pela proteção dos dados dos consumidores em geral e dos menores em particular impõe, quanto aos *cookies* com finalidades publicitárias uma alteração radical de procedimentos por parte dos profissionais. Mesmo quando incluem políticas de privacidade e *cookies* com os objetivos do processamento dos testemunhos de conexão e solicitam o consentimento prévio dos utilizadores, dificilmente podemos considerar que esse consentimento é informado ou inequívoco, seja pela recusa impossibilitar a utilização do serviço, seja pela extensão e complexidade dos termos a aceitar com a prestação do consentimento. Mesmo consumidores conscientes do seu direito de escolha, dificilmente poderiam para cada sítio, plataforma ou aplicação analisar as políticas de *cookies* e seleccionar se e quais aqueles em cuja armazenagem e acesso consentem, tamanho seria o dispêndio de tempo necessário e consequentes condicionamentos à utilização do serviço pretendido. Defendemos que neste como

---

<sup>729</sup> Sem prejuízo dos instrumentos e iniciativas de autorregulação, como a YourOnlineChoices da European Interactive Digital Advertising Alliance, disponível na WWW:> <https://www.youronlinechoices.com/> [Consult. 08.05.2021].

<sup>730</sup> Cf. LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO E MARINA SANCHO LÓPEZ, *El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?*, 2018, p. 29-30.

noutros contextos *less is more* e o consumidor estaria mais bem protegido se a opção pelos *cookies* com finalidade comercial ou publicitária estivesse claramente desassociada dos demais testemunhos com natureza mais técnica e funcional e se fosse apresentada de forma *standardizada* e com clara possibilidade de rejeição.

## **2.2. Os influenciadores digitais**

“As pessoas influenciam as pessoas (...). Uma referência confiável é o Santo Graal da publicidade”.<sup>731</sup> Esta constatação introduz-nos na temática da utilização, pelos anunciantes, de figuras conhecidas na difusão de mensagens publicitárias, aproveitando precisamente a sua influência junto do público destinatário dessa publicidade.

A associação de celebridades à comunicação comercial de um dado produto ou serviço não é exclusiva do ambiente digital e já era comum nos *media* tradicionais, em anúncios publicitários a que as celebridades “emprestam” a voz, a imagem ou o nome ou dão o seu testemunho quanto ao produto ou serviço publicitado. Ou, como no caso da comunicação comercial audiovisual, em que os próprios apresentadores de televisão<sup>732</sup> participam em ações de telepromoção durante uma interrupção cénica do programa, ou ainda, de forma mais ampla, sempre que sejam referenciados bens, serviços ou marcas num programa pelas personalidades que participam nesse programa. Em comum, a intervenção na comunicação comercial de personalidades reconhecidas em distintos domínios

---

<sup>731</sup> Tradução nossa, retirada de um discurso de Mark Zuckerberg, criador do Facebook: “People influence people. Nothing influences people more than a recommendation from a trusted friend. A trusted referral influences people more than the best broadcast message. A trusted referral is the Holy Grail of advertising.”

<sup>732</sup> Cf. ÁLVARO RODRIGUES JUNIOR, *A responsabilidade civil dos apresentadores de programas de rádio e televisão pela publicidade enganosa ou abusiva*, 2004.

(artes, desporto, plataformas digitais, etc.), reais ou de ficção (caso de personagens representadas por atores de cinema ou televisão), humanas ou de animação, estas últimas particularmente empregues em publicidade direcionada às crianças.

A eficácia da associação destas figuras públicas à mensagem publicitária está relacionada sobretudo com a dimensão persuasiva da publicidade, do “envolvimento assente em fatores como a empatia, a confiança ou a familiaridade”<sup>733</sup>, em que “a credibilidade actua para gerar aceitação da influência desta celebridade”<sup>734</sup> através do “aspecto coletivo ou sentimental da sugestão-imitação”<sup>735</sup>. E este apelo emocional é particularmente eficaz junto de públicos naturalmente mais permeáveis, como sejam as crianças e os jovens.

O que distingue o ambiente digital é que, enquanto nos *media* tradicionais, estas figuras públicas já eram reconhecidas do público e por isso foram escolhidas pelos anunciantes para veicular os seus produtos e serviços, com os designados “influenciadores digitais” assistimos muitas vezes ao fenómeno inverso. São criadores de conteúdos em redes sociais ou plataformas de partilha de vídeos (como, por exemplo, *youtubers*, *instagramers* ou *bloggers*), alguns já célebres, mas outros que iniciaram o seu percurso *online* completamente anónimos, que vão agregando seguidores (*followers*), o que os torna apetecíveis para as marcas. Despertam a atenção dos anunciantes não necessariamente pela popularidade ou audiência, mas acima de tudo pelo grau de interação com os seus seguidores e impacto que conseguem ter sobre os seus comportamentos, numa combinação de “alcance, credibilidade contextual e habilidade de vendas”<sup>736</sup>.

---

<sup>733</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 134.

<sup>734</sup> ALAN LIBERMAN, citado por RUI MOREIRA CHAVES, *Regime Jurídico da Publicidade*, 2005b, p. 348.

<sup>735</sup> Cf. SAMY GARSON, *A Responsabilidade Decorrente da Veiculação da Peça Publicitária*, 2004, p. 492, que referencia um outro autor, ARMANDO SANT’ANNA.

<sup>736</sup> Tradução nossa. No original: “reach, contextual credibility and salesmanship” - Cf. KONSTANTINA THEODOSAKI, *Legal concerns emerging from influencer marketing*, 2018, p. 1.



A participação destes influenciadores na difusão de mensagens publicitárias é quase sempre feita sob a *aparência de publicações privadas*, misturado com conteúdos de natureza pessoal o que suscita questões ao nível da proteção do consumidor e da concorrência.<sup>737</sup> O conteúdo comercial surge como uma opinião aparentemente pessoal, veiculado a reboque da “identificação dos destinatários com as motivações, a personalidade e os estilos de vida veiculados pelos líderes de opinião escolhidos pelos anunciantes”<sup>738</sup>, e potenciado pela interatividade que caracteriza os meios digitais.

A participação de influenciadores digitais na publicidade levanta essencialmente dois tipos de preocupações, uma ao nível da *identificabilidade* destas comunicações de natureza comercial e outra quanto ao impacto no *comportamento económico* dos consumidores e inerente responsabilidade dos influenciadores.

Estabelece o artigo 8.º do CPub que “a publicidade tem de ser inequivocamente identificada como tal, qualquer que seja o meio de difusão utilizado”. Em 2015, esteve em consulta pública um projeto de revisão do Código da Publicidade português.<sup>739</sup> Nele se previa a referência expressa, na definição de suporte publicitário, aos “meios digitais, designadamente os sítios de internet e as redes sociais” (artigo 5.º n.º 1 c) do projeto) e, quanto ao princípio da identificabilidade, que “a promoção de bens ou serviços sob a aparência de opinião pessoal de quem a veicula, mediante contrapartida financeira ou material, deve ser inequivocamente identificada como publicidade, independentemente do meio utilizado para a mesma” (artigo 11.º n.º 5 do projeto).

---

<sup>737</sup> Cf. KONSTANTINA THEODOSAKI, *Legal concerns emerging from influencer marketing*, 2018, p. 1-4.

<sup>738</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 134.

<sup>739</sup> Cf. o texto completo do projeto na WWW:<  
<https://www.historico.portugal.gov.pt/media/9208182/20150507-me-cons-pub-codigo-publicidade.pdf>> [Consult. 06.08.2020].

A revisão, nesse particular, não chegou a ser concretizada, mas a Direção-Geral do Consumidor, ciente da relevância do designado “*marketing* de influência” nas escolhas dos consumidores, desenvolveu um guia informativo sobre *regras e boas práticas na comunicação comercial no meio digital*, para influenciadores e anunciantes.<sup>740</sup> Nele se define influenciador como a “pessoa ou personagem no meio digital que possui o potencial de influenciar os outros, independentemente do número de consumidores seus seguidores que acompanham as suas publicações. Influenciadores também são criadores de conteúdos digitais e uma fonte importante de informação e de influência para os consumidores que nestes confiam”.<sup>741</sup> Em síntese, o Guia estabelece quatro diretrizes fundamentais: o respeito pelo princípio da identificabilidade da publicidade quando o conteúdo digital seja comunicação comercial; o respeito pela legislação vigente e menções obrigatórias em matéria de publicidade; a menção da relação comercial existente entre anunciantes e influenciadores contratados; e a corresponsabilidade de todos os intervenientes no *marketing* digital pelos conteúdos divulgados.

A tónica deste instrumento de autorregulação é colocada no dever de identificação do conteúdo comercial das publicações feitas na internet e redes sociais, em efetivação do princípio da identificabilidade consagrado na Constituição e no CPub, aplicável a qualquer forma de publicidade independentemente do suporte utilizado.<sup>742</sup> Em concreto, estabelece-se que uma publicação é considerada comunicação comercial sempre que exista entre o influenciador e o anunciante uma relação comercial que implique o pagamento de um valor monetário, ou se a publicação incluir a oferta de produtos com ou sem condições (presentes, brindes, amostras, serviços, convites para viagens, eventos, refeições, estadias, experiências, descontos e sorteios, empréstimo de artigos ou

---

<sup>740</sup> Cf. Guia informativo sobre regras e boas práticas na comunicação comercial no meio digital, disponível na WWW:<<https://www.consumidor.gov.pt/pagina-de-entrada/guia-informativo-sobre-regras-e-boas-praticas-na-comunicacao-comercial-no-meio-digital.aspx>> [Consult. 15.01.2021].

<sup>741</sup> Cf. Guia informativo sobre regras e boas práticas na comunicação comercial no meio digital, p.4.

<sup>742</sup> Cf. artigo 60.º CRP e artigos 1.º e 8.º CPub.

outros benefícios, etc.) e mesmo que não exista uma compensação financeira, ou ainda quando o conteúdo promove produtos ou serviços específicos e contém *links* ou códigos de desconto. E que é boa prática identificar – no início da publicação, para atempada informação do consumidor – essa publicidade e relação comercial através de *hashtags* ou designações correspondentes.<sup>743</sup>

O Regulador insta ainda a que os influenciadores identifiquem as publicações deste cariz como publicidade, garantam que as suas recomendações não são falsas ou enganosas e assegurem que as declarações feitas em seu nome são baseadas em experiências reais. Aos anunciantes exige-se que disponham de mecanismos de controlo nas suas estratégias comerciais para garantir a menção clara e inequívoca das ligações comerciais envolvidas. A todos os intervenientes se apela ainda à adoção de um “padrão de responsabilidade social”, de modo particular nas publicações com menção a crédito, alegações de saúde e suplementos alimentares, bebidas alcoólicas, jogos e apostas e nas comunicações de natureza testemunhal ou dirigidas a menores.

Também em Espanha entrou em vigor a 1 de janeiro de 2021 o *Código sobre el uso de los influencers en la publicidad*, da Associação Espanhola de Anunciantes e da Associação para a Autorregulação da Comunicação Comercial em Espanha (Autocontrol)<sup>744</sup>. No preâmbulo do código acentua-se o facto de que os influenciadores têm a dupla condição de comunicadores e consumidores dos produtos e serviços, e o facto de poderem atuar sem qualquer intervenção das marcas. Assim, não serão tidos como publicitários os conteúdos divulgados pelos influenciadores por sua iniciativa, sem relação com os anunciantes. Já quando a divulgação dos conteúdos promocionais seja feita no âmbito de uma colaboração entre o influenciador e o anunciante, com contraprestação e controlo editorial deste,

---

<sup>743</sup> Tais como #pub ou pub, #patrocínio ou patrocínio, #parceria ou parceria, #oferta ou oferta.

<sup>744</sup> Cf. Código sobre el uso de los influencers en la publicidad, disponível na WWW:<<https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>> [Consult. 27.04.2021].

estamos perante conteúdos publicitários e como tal devem ser identificados para os seguidores do influenciador.<sup>745</sup>

Este Código de Conduta incorpora ainda um aspeto importante no que se refere à lealdade das práticas comerciais e o padrão de “consumidor médio” para a aferição da identificabilidade e impacto destes conteúdos publicitários. Estabelece o instrumento de autorregulação que “na ausência de um perfil definido objetivamente, será entendido como um perfil médio do consumidor habituado a seguir um ‘influenciador’, aquele consumidor ativo e conhecedor de novas tecnologias de informação, geralmente atento e informado, com capacidade suficiente para o acesso e compreensão dos meios digitais e autonomia para pesquisar, discriminar e adaptar os conteúdos da rede no seu processo de navegação em função dos seus gostos ou interesses”<sup>746</sup>. O preâmbulo acrescenta ainda “o influenciador desenvolve ao longo da sua trajetória, um idioma, um formato e uns códigos de comunicação que lhe permitiram criar e aumentar o número de seguidores (*followers*), que são normalmente habituais e estão em sintonia com ele, com a sua forma de comunicar e com a sua linguagem. Esta habitualidade permite delimitar com um certo grau de objetividade o perfil médio dos seguidores que serão influenciados por um determinado conteúdo ou mensagem, e, portanto, deve ser baseada no referido perfil a interpretação que se realize do princípio da

---

<sup>745</sup> Quando a natureza publicitária não seja manifesta, o Código propõe o uso de menções claras genéricas ou indicativas do tipo de colaboração existente entre o influenciador e o anunciante, tais como “publicidad”, “publi”, “en colaboración con” “patrocinado por”, “embajador de [marca]”, “gracias a [marca]”, “regalo de [marca]”, “viaje patrocinado”, etc. Pelo mesmo motivo devem ser evitadas menções ambíguas como “información”, “legal”, “colab”, “sponso”, “sp”, etc. – Cf. ponto 5 das normas éticas do *Código sobre el uso de los influencers en la publicidad*.

<sup>746</sup> Tradução nossa. No original: “Asimismo, en ausencia de un perfil objetivamente definido, se entenderá como perfil medio del consumidor habituado a seguir a un “influencer”, a aquel consumidor activo y conocedor de las nuevas tecnologías de la información, normalmente atento e informado, con capacidad suficiente para el acceso y comprensión de los medios digitales y la autonomía de buscar, discriminar y adaptar los contenidos de la red en su proceso de navegación en función de sus gustos o intereses” – Cf. introdução do *Código sobre el uso de los influencers en la publicidad*.

identificabilidade da publicidade”.<sup>747</sup> A relevância destes elementos de concretização do conceito de consumidor médio é inquestionável. Todavia, quando os seguidores sejam menores a questão complica-se na medida em que o facto de serem ativos na rede e dominarem as tecnologias nem sempre é acompanhado do discernimento desejável e necessário quanto à componente comercial dos conteúdos do influenciador. Por outro lado, o facto de serem seguidores habituais pode até ser contraproducente, sobretudo quando potencia um certo efeito de idolatria e conduz à diminuição do grau de razoável atenção ideal para se aperceberem da intenção comercial subjacente.

O frustrado projeto de revisão do CPub expressamente previa a aplicabilidade do regime da *publicidade testemunhal* quando “os depoentes são figuras públicas, designadamente personalidades com notoriedade nos domínios cultural, artístico ou desportivo” e que a publicidade testemunhal devia ser inequivocamente identificada como publicidade (artigo 18.º do projeto). Mesmo sem esta aclaração, não temos dúvidas de que as apresentações de um influenciador de conteúdo comercial são publicidade e quando consistam na partilha da sua experiência de utilização do produto ou serviço constituem publicidade testemunhal.

O artigo 15.º CPub determina que esses depoimentos sejam “personalizados”<sup>748</sup>, genuínos e comprováveis, ligados à experiência do depoente ou de quem ele represente”, sob pena de aplicação de uma coima (artigo 34.º CPub).

---

<sup>747</sup> Tradução nossa. No original: “Por lo demás, el influencer desarrolla a lo largo de su trayectoria, un lenguaje, un formato y unos códigos de comunicación que le han permitido crear e ir aumentando un número de seguidores (followers), que son normalmente habituales y se encuentran en sintonía con él, con su forma de comunicarse y con su lenguaje. Esta habitualidad permite delimitar con un cierto grado de objetividad el perfil medio de los seguidores a los que impactará determinado contenido o mensaje, y por ello, deberá de estar en función de dicho perfil la interpretación que se realice del principio de identificación de la publicidad”.

<sup>748</sup> De acordo com o mesmo normativo, é “admitido o depoimento despersonalizado, desde que não seja atribuído a uma testemunha especialmente qualificada, designadamente em razão do uso de uniformes, fardas ou vestimentas características de determinada profissão”.

Ora precisamente a propósito da responsabilidade pela contraordenação, o artigo 36.º CPub esclarece que são punidos como agentes os vários sujeitos da atividade publicitária: o anunciante, o profissional, agência de publicidade ou qualquer outra entidade que exerça a atividade publicitária, o titular do suporte publicitário ou seu concessionário, e qualquer outro *interveniente na emissão da mensagem publicitária*, o que abrange diretamente qualquer celebridade ou influenciador que participe na difusão dessa mensagem.<sup>749</sup>

Já quanto à responsabilidade civil, o artigo 30.º CPub contém uma formulação um pouco diferente: “Os anunciantes, os profissionais, as agências de publicidade e quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária, bem como os titulares dos suportes publicitários utilizados ou os respetivos concessionários, respondem civil e solidariamente, nos termos gerais, pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas”. Defendemos que apesar da ausência à referência “intervenientes na emissão da mensagem publicitária”, os influenciadores continuam abrangidos na previsão de que são civil e solidariamente responsáveis “quaisquer outras entidades que exerçam a atividade publicitária”, por remissão para o artigo 4.º CPub. Este último normativo engloba na atividade publicitária todas as *operações relacionadas com a difusão publicitária* junto dos seus destinatários e relações técnicas e jurídicas entre quem efetua tais operações. Tal não se restringe aos profissionais e agências de publicidade, que se distinguem pelo exercício dessa atividade em exclusivo (artigo 5.º n.º 1 b) CPub) nem às operações referidas no n.º 2 do artigo 4.º

---

<sup>749</sup> Em 2019, a Direção-Geral do Consumidor desencadeou uma ação de fiscalização que abrangeu 707 sítios da internet e oito revistas, num total de 1042 mensagens publicitárias, tendo aberto 40 processos de contraordenação. Numa iniciativa pioneira e numa perspetiva de sensibilização, analisou mais de 400 contas de *Instagram*, de “influenciadores digitais” criadores de conteúdo em áreas diversas (Culinária, Família, *Lifestyle*, Maternidade, Negócios, Entretenimento, Viagens, Nutrição e Figuras Mediáticas) – Cf. Comunicado disponível na WWW:<<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/comunicado?i=direcao-geral-do-consumidor-fiscalizou-mais-de-1040-mensagens-publicitarias-em-2019>> [Consult. 02.05.2021]. Cf. ainda o Relatório de Atividades da DGC nesse ano, disponível na WWW:<<https://www.consumidor.gov.pt/gestao-ficheiros-externos/relatorio-de-atividades-2019-pdf.aspx>> [Consult. 02.05.2021].



C<sub>Pub</sub> (concepção, criação, produção, planificação e distribuição publicitárias), rol meramente exemplificativo, pelo que coerentemente devemos incluir os intervenientes na emissão da mensagem publicitária sempre que o façam no âmbito de uma relação comercial com o anunciante e não a título meramente pessoal.

Outro argumento pode ser encontrado na definição de *professional* que consta do regime jurídico das práticas desleais das empresas nas relações com os consumidores (artigo 3.º b) LPCD) e que inclui, para além da pessoa singular ou coletiva que atua no âmbito da sua atividade económica, “quem atue em nome ou por conta desse profissional”, tendo o consumidor lesado por efeito de uma prática comercial desleal proibida direito a ser ressarcido nos termos gerais (artigo 15.º LPCD).

A responsabilidade civil terá lugar, preenchidos os seus pressupostos<sup>750</sup>, sempre que o influenciador contribua para a difusão de publicidade ilícita<sup>751</sup> ou desleal<sup>752</sup> – enganosa (por ação ou omissão) ou agressiva – distorcendo o comportamento económico do consumidor, que se vê lesado por essa prática. A confiabilidade do influenciador converte-o em “garante” do produto ou serviço<sup>753</sup> perante os destinatários da publicidade e a tutela dessa confiança sustenta o que Josinaldo Leal de Oliveira intitula de “função social da celebridade”<sup>754</sup>. Nos casos em que a celebridade se limita a associar a sua voz ou imagem a uma publicidade dificilmente poderemos considerar a existência de responsabilidade civil.<sup>755</sup> Mas quando o influenciador apresenta o seu testemunho ou quando dá conselhos,

---

<sup>750</sup> Cf. artigo 483.º do CC. Numa análise de cada um destes pressupostos, Cf. NATHALIE KUCZURA NEDEL, *Publicidade Ilícita: as celebridades que dela fazem parte*, 2009.

<sup>751</sup> Como, por exemplo, a que estimule atividades ilegais ou comportamentos prejudiciais ao ambiente, contenha discriminação ou atente contra a dignidade humana – Cf. artigo 7.º C<sub>Pub</sub>.

<sup>752</sup> Nos termos da LPCD.

<sup>753</sup> Cf. SAMY GARSON, *A Responsabilidade Decorrente da Veiculação da Peça Publicitária*, 2004, p. 454, que referencia outro autor, PAULO JORGE SCARTEZZINI GUIMARÃES.

<sup>754</sup> Cf. JOSINALDO LEAL DE OLIVEIRA, *A função social da celebridade*, 2009.

<sup>755</sup> Exceto em casos extremos de publicidade que atente contra valores fundamentais ou quando exista uma incompatível associação entre a celebridade e o produto ou serviço publicitado - Cf. SAMY GARSON, *A Responsabilidade Decorrente da Veiculação da Peça Publicitária*, 2004, p. 495-496.



recomendações e informações sobre um produto ou serviço, deve fazê-lo de forma rigorosa e diligente, sobretudo quando a recomendação se insira na sua área de especialidade, sob pena de incumprimento do dever jurídico de veracidade. “A aceitação de vincular sua imagem, plataforma e confiança deve ser levada a sério”<sup>756</sup> pelos influenciadores digitais, que, no âmbito desta sua atividade (pela qual recebem contrapartidas do anunciante) devem apreciar criticamente as informações e/ou amostras que lhe são disponibilizadas pelo anunciante ou agência de publicidade, não omitir riscos que conheçam e “não emprestar sua fama e influência a fornecedores duvidosos”<sup>757</sup>. Em suma, cumprir os seus deveres de informação, lealdade e solidariedade para com os seus seguidores.<sup>758</sup>

Quando nos referimos concretamente ao público mais jovem, as técnicas *persuasivas* utilizadas pelos influenciadores podem ter um impacto significativo nos direitos das crianças<sup>759</sup>, que encaram os influenciadores como ídolos, conselheiros ou amigos de confiança. Os conteúdos comerciais são transmitidos de forma ligeira, divertida, numa relação quase de cumplicidade entre influenciador e influenciado. A este laço acresce o facto de que a maioria dos influenciadores comunica com as crianças e jovens em canais vocacionados para estes públicos

---

<sup>756</sup> Cf. CAIO CÉSAR DO NASCIMENTO BARBOSA, MICHAEL CÉSAR SILVA E PRISCILA LADEIRA ALVES DE BRITO, *Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, 2019, p. 16.

<sup>757</sup> Cf. CAIO CÉSAR DO NASCIMENTO BARBOSA, MICHAEL CÉSAR SILVA E PRISCILA LADEIRA ALVES DE BRITO, *Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, 2019, p. 15.

<sup>758</sup> Nas palavras da autora: “...o influenciador, ao transmitir sua mensagem, deve estar ciente dos deveres a que está sujeito, como dever de informação, nele compreendido o dever de informar corretamente; o dever de lealdade, considerando que o seguidor confia nele; e o dever de solidariedade. Incide também aqui a boa-fé objetiva, que exige uma conduta transparente e leal das partes; que coloca um limite ao direito subjetivo de publicitar; e que cria deveres anexos” - Cf. DENISE SIRIMARCO FRANCO, *A publicidade no Instagram feita por digital influencers à luz da boa-fé objetiva e do dever de informação*, 2016, p. 15.

<sup>759</sup> Cf. VALÉRIE VERDOODT E NADIA FECI, *Digital influencers and vlogging advertising: Calling for awareness, guidance and enforcement*, 2019, p. 2.

(ex.: canais de *youtube* ou plataformas de jogos), com os quais os pais não estão familiarizados ou percebem como de mero entretenimento e reduzido risco.

A futura integração de plataformas de partilha de vídeos no escopo da Diretiva (UE) 2018/1808, como já vimos, equiparando-as a serviços audiovisuais para efeitos também da proteção de menores irá contribuir para uma mais sólida regulamentação desta matéria. Mas mesmo no quadro regulatório atual, e porquanto o influenciador atua em nome do anunciante<sup>760</sup>, esta “influência” sobre os menores é passível de ser considerada uma prática comercial desleal nos termos da LPCD, desde logo, pelo potencial de distorcer o comportamento de um grupo de consumidores particularmente vulneráveis (artigo 6.º a) LPCD) como são as crianças.

Quando não refira a intenção comercial da prática (artigo 9.º n.º 1 c) LPCD) ou dê a impressão de estar a agir para finalidades não-profissionais (artigo 8.º ab) LPCD), a atuação do influenciador traduz uma prática *enganosa*, potencialmente indutora de engano e distorção do comportamento do menor consumidor. Mais ainda, podemos estar perante práticas *agressivas*, igualmente geradoras de responsabilidade civil, sempre que exista assédio, coação ou abuso de uma posição de poder (“influência indevida”) sobre o menor que o limite na capacidade de tomar decisões esclarecidas (artigo 11.º LPCD) ou, em qualquer circunstância, quando exista uma exortação direta do menor à aquisição dos bens ou serviços (artigo 12.º e) LPCD) sugeridos e recomendados pelo influenciador.

---

<sup>760</sup> E assim se integra no âmbito subjetivo do diploma – Cf. artigo 3.º b) LPCD.

### 2.3. Os prosumidores

À margem das relações entre consumidores e profissionais, assume relevância a comunicação entre consumidores. As plataformas e redes sociais possibilitam aos próprios consumidores, para além de receberem comunicações comerciais dos profissionais, partilharem eles próprios mensagens relacionadas com as marcas, “a que os pares atribuem credibilidade para efeitos das suas decisões económicas”.<sup>761</sup> Os destinatários são assim convertidos em “pontos de contacto para efeitos da comunicação integrada de marketing”<sup>762</sup>, sendo essas avaliações de outros consumidores determinantes nas decisões contratuais.<sup>763</sup>

Este perfil produtor-consumidor de informação traduz o que em 1980, numa visão futurista, Alvin Toffler intitulou de “*prosumer*”<sup>764</sup>, e designa neste âmbito o consumidor que toma as decisões de consumo depois de se informar, comparar, procurar a opinião de outros consumidores<sup>765</sup> e ponderar os pontos positivos e negativos de cada produto ou serviço. Por valorizar a comunicação interativa, o prosumidor encontra nas redes sociais a plataforma ideal para se relacionar com os profissionais. No caso dos menores esta interação, mais geradora de fidelização do

---

<sup>761</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação*, 2015, p. 185.

<sup>762</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação*, 2015, p. 185.

<sup>763</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo*, 2018, p. 120. São disso exemplos os comentários de outros utilizadores em plataformas como o *Booking* ou *TripAdvisor* e a pontuação atribuída às várias aplicações móveis que consultamos antes de instalar ou utilizar o serviço.

<sup>764</sup> Na obra “A Terceira Onda” (*The Third Wave*). Nesse ensaio futurista sobre a sociedade pós-moderna, Toffler considera a terceira onda a da era da informação, depois da revolução agrícola (primeira onda) e da revolução industrial (segunda onda).

<sup>765</sup> Cf. ESTRELLA MARTÍNEZ RODRIGO E LOURDES SÁNCHEZ MARTÍN, *Comunicación entre menores y marcas en las redes sociales*, 2012, p. 596. As autoras analisam a interação na rede social Tuenti entre a Coca-Cola e os adolescentes espanhóis.

que de crítica, converte-os frequentemente em “agentes publicitários gratuitos”<sup>766</sup> das marcas.

Esta bidirecionalidade da comunicação comercial opera, na era digital, uma “redistribuição do poder de mercado”<sup>767</sup>, na medida em que a informação deixa de ser veiculada e controlada apenas pelo anunciante, mas também em sentido inverso através das avaliações e recomendações que o consumidor dirige ao profissional e/ou partilha com outros consumidores em redes sociais e espaços de comentário e discussão nas diversas plataformas ou comunidades *online*. Mas, no reverso da medalha, aquela descentralização comunicacional dificulta a imputação de responsabilidades por conteúdos ilícitos<sup>768</sup> e favorece a indução em erro do consumidor, quando abusivamente aproveitada pelos anunciantes.

A preocupação com a autenticidade e transparência destes mecanismos de avaliação e recomendação (os designados *reviews*) motivou o legislador europeu, na Diretiva (UE) 2019/2161<sup>769</sup>, ainda em fase de transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais, a incluir no rol das práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores as de “declarar que as avaliações de um produto são apresentadas por consumidores que o utilizaram ou adquiriram efetivamente, sem adotar medidas razoáveis e proporcionadas para verificar que essas avaliações são publicadas por esses consumidores” e a de “apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores ou instruir uma terceira pessoa singular ou coletiva para apresentar avaliações ou recomendações falsas de consumidores, ou

---

<sup>766</sup> Cf. ESTRELLA MARTÍNEZ RODRIGO E LOURDES SÁNCHEZ MARTÍN, *Comunicación entre menores y marcas en las redes sociales*, 2012, p. 595.

<sup>767</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *A aplicação do regime jurídico da publicidade ao sector da moda : algumas questões*, 2019, p. 174.

<sup>768</sup> Cf. VÍCTOR MANTECA VALDELANDE, *El consumidor menor de edad y su estatuto legal*, 2006, p. 99.

<sup>769</sup> Cf. Diretiva (UE) 2019/2161 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e as Diretivas 98/6/CE, 2005/29/CE e 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho a fim de assegurar uma melhor aplicação e a modernização das regras da União em matéria de defesa dos consumidores, disponível na WWW:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L2161>> [Consult. 03.04.2021]. A Diretiva, integrante do designado “New Deal for Consumers”, deve ser transposta até 28/11/2021 e as suas disposições serão aplicáveis a partir de 28/05/2022.

apresentar avaliações do consumidor ou recomendações nas redes sociais distorcidas, a fim de promover os produtos”.<sup>770</sup> O objetivo é garantir que o consumidor seja informado sobre os procedimentos de verificação da fiabilidade das recomendações e do tratamento que lhes é dado – nomeadamente se todas as avaliações são publicadas, incluindo as negativas, ou se as avaliações foram patrocinadas ou influenciadas por uma relação contratual com o profissional avaliado –, bem como proibir *reviews* falsas ou manipuladas, incluindo “gostos” nas redes sociais do profissional.<sup>771</sup>

Na dita economia colaborativa, muitas relações estabelecem-se não no assimétrico modelo *business-to-consumer*, mas antes num cenário *peer to peer*<sup>772</sup> entre sujeitos num plano igualitário. No ambiente digital encontramos sujeitos mais presentes, mais ativos, que simultaneamente consomem e produzem conteúdos ou prestam serviços. “Os conteúdos e serviços digitais encontram novos perfis de consumidores que abalam uma conceção monolítica dos sujeitos do direito do consumidor”<sup>773</sup> e importa enquadrar estes prosumidores no âmbito do elemento subjetivo da relação jurídica de consumo (como a parte que atua com finalidades não-profissionais) e sobretudo à luz do paradigma que continua a presidir ao edifício legislativo de tutela do consumidor, de que este é a parte mais frágil dessa relação jurídica. Como devem ser qualificados estes prosumidores? Em geral, como reflete Isabel Espín Alba, “são evidentes as contradições de manter sob a proteção de um sistema altamente protetor do consumidor um sujeito que atua no mercado

---

<sup>770</sup> Cf. artigo 3.º da Diretiva (UE) 2019/2161.

<sup>771</sup> Cf. Considerandos 47 a 49 da Diretiva (UE) 2019/2161.

<sup>772</sup> Cf. PABLO JARNE MUÑOZ, *El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado del mercado digital*, 2016, p. 42.

<sup>773</sup> Tradução nossa. No original: “los contenidos y servicios digitales se encuentran con nuevos perfiles de consumidores que hacen tambalear una concepción monolítica de los sujetos del derecho de consumo” - Cf. ISABEL ESPÍN ALBA, *Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital*, 2020, p. 9.

na dupla condição de produtor e consumidor”<sup>774</sup>. Também Cámara Lapuente, a refletir sobre os consumidores que atuam esporadicamente como fornecedores de bens e serviços, defende que “parece mais apropriado entender que as normas de proteção ao consumidor não serão aplicadas a menos que essa pessoa exerça essas atividades com alguma regularidade e conte com uma relativa organização empresarial”<sup>775</sup>.

#### **2.4. Dados pessoais como contraprestação de serviços digitais**

Muitos dos serviços prestados em ambiente digital são aparentemente gratuitos e esse fator é determinante para a forma como os menores utilizam as tecnologias e interagem nas várias plataformas. Mas essa aparente gratuidade corresponde na realidade a um modelo de negócio “desmonetizado”<sup>776</sup>, assente na “dataficação dos relacionamentos”<sup>777</sup> e na “capitalização da informação pessoal”<sup>778</sup>, fortemente baseado na publicidade e no tratamento de dados pessoais dos

---

<sup>774</sup> Tradução nossa. No original: “Son evidentes las contradicciones de mantener bajo el amparo de un sistema altamente protector del consumidor a un sujeto que actúa en el mercado en una doble condición de productor y consumidor” - Cf. ISABEL ESPÍN ALBA, *Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y “prosumidores” en el mercado único digital*, 2020, p. 34.

<sup>775</sup> Tradução nossa. No original: “...parece más acertado entender que tampoco se aplicará la normativa de protección de los consumidores salvo que dicha persona realice esas actividades con cierta regularidad y cuente con una relativa organización empresarial.” - Cf. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, *El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos*, 2011, p. 114.

<sup>776</sup> A expressão é de CHRIS ANDERSON, citado por Fernando Loschiavo Nery, a propósito da forma como os motores de busca geram receitas através dos resultados das buscas e anúncios de outros sites - Cf. FERNANDO LOSCHIAVO NERY, *A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade*, 2015, p. 68.

<sup>777</sup> Cf. KAREN MCCULLAGH, *The General Data Protection Regulation: A Partial Success for Children on Social Network Sites?*, 2016, p. 117.

<sup>778</sup> Tradução nossa. No original: “... modelo de negocio en torno a la capitalización de la información personal de sus usuarios” - Cf. LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO E MARINA SANCHO LÓPEZ, *El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?*, 2018, p. 28.



utilizadores, que os fornecem em troca da possibilidade de utilizarem determinada rede social, aplicação ou outro serviço digital. Enquanto utilizadores desses serviços, “já não somos meros consumidores passivos, mas, por meio de uma perda considerável de nossa privacidade, tornamo-nos parte do produto cujo lucro, no entanto, não recebemos”<sup>779</sup>.

Toda a informação partilhada pelos utilizadores das redes sociais representa “um mercado seleccionado para os anunciantes que pretendam colocar anúncios orientados com base nessa informação”.<sup>780</sup> Para o profissional a relevância e valor dos dados fornecidos é superior a uma qualquer contrapartida financeira que pudesse ser paga ao utilizador do serviço e “a consequência é a de que não podemos considerar estes contratos – em que não é pago um preço, mas são fornecidos dados – como contratos gratuitos”.<sup>781</sup>

Ao contrário do que acontece por exemplo no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que define um serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”<sup>782</sup>, o que implica ponderar se a gratuitidade dos serviços das redes digitais descaracteriza ou não a relação de consumo<sup>783</sup>, a nossa lei de defesa do consumidor não exige a remuneração para a qualificação como contrato de consumo, bastando que os serviços sejam prestados ao consumidor por quem exerça com carácter profissional uma atividade económica

---

<sup>779</sup> Tradução nossa. No original: “Los usuarios de estos servicios ya no somos meros consumidores pasivos sino que, a través de una pérdida considerable de nuestra privacidad, nos hemos convertido en parte del producto cuya ganancia, sin embargo, no percibimos.” - Cf. LUZ M. MARTÍNEZ VELENCOSO E MARINA SANCHO LÓPEZ, *El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App?*, 2018, p. 20.

<sup>780</sup> Cf. Parecer 5/2009 sobre as redes sociais em linha do WP29, do GT29, disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp163_pt.pdf)> [Consult. 24.04.2021]

<sup>781</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo*, 2018, p. 116.

<sup>782</sup> Cf. artigo 3.º parágrafo 2.º CDC.

<sup>783</sup> Cf. SEITI ARATA JÚNIOR, *Regulação tecnológica e jurídica das redes sociais (sociais networks)*, 2005, p. 640. O autor conclui que, atendendo ao valor económico dos dados fornecidos, entende-se haver remuneração e mantém-se a caracterização como relação de consumo.



que vise a obtenção de benefícios<sup>784</sup>. Não obstante, alguns regimes jurídicos de consumo como sejam o das garantias na venda de bens de consumo restringem o seu âmbito de aplicação a contratos onerosos.

No pacote legislativo recém-aprovado para reforço dos direitos dos consumidores nos contratos digitais – Diretiva (UE) 2019/770 relativa a fornecimento de conteúdos digitais<sup>785</sup> e Diretiva (UE) 2019/771 relativa à venda de bens, incluindo bens com elementos digitais<sup>786</sup> – a primeira estende os direitos contratuais específicos para conteúdos e serviços digitais (tais como programas informáticos, aplicações, ficheiros de vídeo, áudio, música, jogos digitais, livros eletrónicos, armazenagem, em nuvem, redes sociais, etc.) a todos aqueles contratos em que não seja pago um preço, mas sejam facultados dados pessoais ao profissional.<sup>787</sup>

Cumprе referir que neste particular, a versão final da Diretiva não corresponde à da proposta inicial da Comissão Europeia<sup>788</sup>, que referia expressamente no seu artigo 3.º que a *contrapartida* do fornecimento de conteúdos digitais poderia ser o pagamento de um preço ou o fornecimento, pelo consumidor, de “outra contrapartida que não dinheiro, sob a forma de dados pessoais ou quaisquer outros dados”. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados (AEPD),

---

<sup>784</sup> Cf. artigo 2.º n.º 1 LDC.

<sup>785</sup> Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais, disponível na WWW:< <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770>> [Consult. 03.04.2021].

<sup>786</sup> Diretiva (UE) 2019/771 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2019, relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens que altera o Regulamento (UE) 2017/2394 e a Diretiva 2009/22/CE e que revoga a Diretiva 1999/44/CE, disponível na WWW:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32019L0771>> [Consult. 03.04.2021]. Ambas as Diretivas devem ser transpostas até 01/07/2021 e as suas disposições serão aplicáveis a partir de 01/01/2022.

<sup>787</sup> Considerandos 24 e 25 e artigo 3.º da Diretiva (UE) 2019/770.

<sup>788</sup> Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD), disponível na WWW:<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634>> [Consult. 03.04.2021]

em parecer à iniciativa<sup>789</sup>, criticou a utilização do termo “dados como contrapartida” com o alerta de que, pela sua natureza de direito fundamental, os dados pessoais não se podem comparar a um preço ou dinheiro nem ser considerados como mercadoria. A AEPD sustentou o seu parecer nas dificuldades práticas de identificação dos casos em que os dados pessoais são ativamente fornecidos como contraprestação para o fornecimento de serviços ou conteúdos digitais “gratuitos” (ou, pelo contrário, com outros fins não comerciais), nas questões de transparência e equidade dos termos e condições relativos ao fornecimento de dados<sup>790</sup>, na difícil avaliação do valor dos dados pessoais para efeitos, por exemplo, da obrigação de restituição em caso de rescisão contratual, e na desconsideração da específica natureza da informação pessoal fornecida.

Não obstante, apesar de não constar formalmente do texto final da Diretiva, a conceção dos dados como “contraprestação” está presente, bem como algumas das dificuldades enunciadas pela AEPD e de articulação com o RGPD. Por exemplo, em caso de falta de conformidade dos conteúdos e serviços digitais, um dos meios de ressarcimento previstos na Diretiva é a redução do preço proporcionalmente à diminuição do valor dos conteúdos ou serviços digitais fornecidos, alternativa que dificilmente encontra paralelo nas hipóteses de conteúdos ou serviços “gratuitos”. Também no que se refere à obrigação do profissional “reembolsar” o consumidor em caso de rescisão do contrato, a Diretiva limita-se a uma remissão genérica para o RGPD no que se refere aos dados pessoais do consumidor. Fica sem enquadramento, por exemplo, a hipótese de os conteúdos ou serviços digitais terem estado em conformidade durante um período anterior à rescisão do contrato, caso em que a obrigação de restituição pelo profissional seria

---

<sup>789</sup> Parecer 4/2017 da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, de 14/03/2017, relativo à proposta de diretiva sobre certos aspetos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais disponível na WWW:<[https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/contracts-supply-digital-content\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/contracts-supply-digital-content_en)> [Consult. 03.04.2021]

<sup>790</sup> A AEPD exemplifica com os termos vagos utilizados nas políticas de privacidade quanto à finalidade do tratamento de dados pessoais, tais como “melhorar a experiência do consumidor”, que prejudicam o conhecimento, pelo consumidor, das finalidades comerciais subjacentes a essa recolha.

parcial e proporcional. Outra problemática que se antevê é a da consequência, no contrato no qual os dados pessoais serviram de “contraprestação”, do exercício pelo consumidor do seu direito do consumidor ao apagamento dos dados e retirada do consentimento.<sup>791</sup>

## 2.5. *Advergames*

Quando falamos de publicidade direcionada a menores no ambiente digital, é ainda pertinente a referência ao que se designa por *advergames* – uma fusão de publicidade (*advertising*) com jogos (*games*) – ou seja, jogos projetados especificamente para publicidade, no âmbito da estratégia de comunicação comercial de uma empresa ou organização. Inserem-se naquilo que Martorell e Rom qualificam como a mudança de paradigma publicitário de “interrupção” (estratégia de comunicação *push* em que o consumidor é espectador) para “convite” (estratégia de comunicação *pull* em que o consumidor é utilizador), isto é, em vez de publicidade inserida nos meios tradicionais, são os consumidores que, captada a sua atenção, procuram conteúdos publicitários interativos e personalizados.<sup>792</sup>

Neste formato híbrido entre publicidade e entretenimento, “a marca ou produto é o protagonista, personagem central ou característica-chave do jogo”.<sup>793</sup> Mais do que a colocação de produto no jogo, jogo e publicidade são indissociáveis e a interação com a marca constitui a narrativa e essência do jogo.

---

<sup>791</sup> Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 40.

<sup>792</sup> Cf. CRISTINA MARTORELL E JOSEP A. ROM, *La cara oculta de los advergames. La explotación crítica de un nuevo recurso de la publicidad*, 2011, p. 25.

<sup>793</sup> Cf. EUROPEAN COMMISSION, *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour*, 2016b, p. 18. O estudo analisou 7 advergames, a saber: Coke Recycling (Coca-Cola), Happy Meal (McDonald's), Crunch (Nestle), Doritos (Frito-Lay), Trust Danone (Danone), Club Kelloggs (Kellogg's) e Fast or Fail (Adidas).

Os *advergames* são um caso particular no caso da publicidade dirigida a menores, já que, nas palavras de Verdoodt, Clifford e Lievens,

“Essas técnicas permitem o desenvolvimento de uma associação positiva ao produto ou marca através do fornecimento de um conteúdo interativo divertido. Como resultado, as crianças não são recetores meramente passivos de comunicações comerciais. Em vez disso, tornam-se ativamente envolvidas no processo de publicidade. Os *advergames* têm um aspeto potencialmente manipulador.”<sup>794</sup>

Esta publicidade embutida no jogo levanta óbvias questões desde logo quanto ao princípio da identificabilidade da publicidade e a proibição – constitucional e legal – de publicidade oculta ou subliminar. Estatui o artigo 9.º do CPub que “é vedado o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam da natureza publicitária da mensagem”, considerando-se publicidade subliminar “a publicidade que, mediante o recurso a qualquer técnica, possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência”. Nos *advergames* por definição a fronteira entre a publicidade e o entretenimento é esbatida, e quando o público-alvo seja constituído por menores de idade, o apelo emocional provocado pelo jogo pode tornar-se confuso, na medida em que os mais jovens não consigam distinguir os conteúdos comerciais dos não-comerciais.<sup>795</sup> Por outro lado, estaremos perante uma prática comercial desleal, seja porque a intenção comercial não é clara seja pelo condicionamento emocional à liberdade de escolha do consumidor menor, ponderadas as circunstâncias do caso concreto. E em qualquer circunstância, se forem utilizados conteúdos editados nos

---

<sup>794</sup> Tradução nossa. No original: “Such techniques allow for the development of a positive product or brand association through the delivery of fun interactive content. As a result, children are no longer merely passive receivers of commercial communications. Instead, they become actively involved in the advertising process. Advergimes have a potentially manipulative aspect.” - Cf. VALERIE VERDOODT, DAMIAN CLIFFORD E EVA LIEVENS, *Toying with children's emotions, the new game in town? The legality of advergimes in the EU*, 2016, p. 599.

<sup>795</sup> Cf. VALERIE VERDOODT, DAMIAN CLIFFORD E EVA LIEVENS, *Toying with children's emotions, the new game in town? The legality of advergimes in the EU*, 2016, p. 601.

meios de comunicação social para a promoção do bem ou serviço se o próprio profissional financiar essa promoção e essa separação não seja clara, bem como se houver exortação direta às crianças para aquisição do bem ou serviço objeto do *advergame*, nos termos do regime jurídico das práticas desleais das empresas nas relações com os consumidores.

Nos termos daquele regime, são anuláveis os contratos celebrados sob influência de uma prática comercial desleal, mas mais uma vez uma solução jurídica focada *a posteriori* em reação a um contrato celebrado não se coaduna com os riscos dos *advergames* para os menores de idade, na medida em que “tais proteções falham em lidar adequadamente com a natureza de condicionamento emocional dos *advergames*, já que se concentram na compra efetiva, em vez de no estabelecimento do desejo particular por um produto ou serviço”.<sup>796</sup>

### **3. ANÁLISE CRÍTICA DA REGULAÇÃO**

#### **3.1. Insuficiências do regime jurídico vigente**

Uma primeira nota relaciona-se com o facto de as duas áreas do Direito que mais conformam a nossa investigação – Direito do Consumo e Direito da Comunicação – serem, em grande medida, regulamentadas por via de transposição de Diretivas comunitárias.

---

<sup>796</sup> Tradução nossa. No original: “However, it should be noted that such protections fail to adequately deal with the emotional conditioning nature of *advergames* as they focus on the actual purchasing rather than the establishing of the particular desire for a product or service” - Cf. VALERIE VERDOODT, DAMIAN CLIFFORD E EVA LIEVENS, *Toying with children's emotions, the new game in town? The legality of *advergames* in the EU*, 2016, p. 605.

Nada haveria a apontar de negativo a tal técnica, dado ser a Diretiva um ato legislativo da União Europeia que vincula os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e meios de o fazer, o que na sua essência permite uma maior flexibilidade na harmonização comunitária e a efetivação do princípio da subsidiariedade inerente à intervenção da União Europeia. A nossa crítica prende-se, porém, com o facto de, na generalidade dos diplomas nacionais, nesta e noutras áreas do Direito, não se operar uma efetiva *transposição*, mas uma cópia textual dos ditames das Diretivas, sem adequação ao edifício jurídico nacional, sua terminologia e institutos.<sup>797</sup> O resultado são diplomas de pouco rigor jurídico e linguístico, conceitos imprecisos e deficiente sistematização, que contribuem negativamente para a informação dos consumidores. Um exemplo revelador desta falta de unidade no sistema jurídico é o do direito à retratação ou arrependimento<sup>798</sup> do consumidor, incluindo por deficiente informação<sup>799</sup>, que, em similares termos, é apelidado em diferentes normativos de “direito de resolução”<sup>800</sup>, “direito de livre resolução”<sup>801</sup> ou “direito de livre revogação”<sup>802</sup>.

---

<sup>797</sup> A propósito do Anteprojeto do Código do Consumidor, também Oliveira Ascensão já havia criticado as transposições que meramente copiavam a previsão comunitária “com muito escasso contributo adaptador ou esclarecedor” – Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O anteprojeto do Código do consumidor e a publicidade*, 2006, p. 14-16.

<sup>798</sup> Sobre as diferentes designações legais e natureza jurídica deste direito, Cf. JORGE MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*, 2017, p. 152-160. O autor prefere a expressão direito de arrependimento, que pressupõe um contrato já celebrado e considera desadequado falar-se em retratação ou em livre resolução quando falamos do direito do consumidor se desvincular unilateralmente de um contrato. Para a análise dos elementos deste direito de arrependimento, independentemente da designação, Cf. DAVID FALCÃO, *Lições de Direito do Consumo*, 2019, p. 113-114.

<sup>799</sup> Cf. artigo 8.º n.º 4 LDC.

<sup>800</sup> Cf. artigo 16.º DL 275/93 de 05/08 (regime jurídico da habitação periódica).

<sup>801</sup> Cf. artigo 10.º LCDFE.

<sup>802</sup> Cf. artigo 17.º DL 133/2009 de 02/06 (contratos de crédito a consumidores).

Quanto às insuficiências do regime jurídico vigente, aqui as dividiremos em três grupos: regime dos meios de comunicação social, regime de defesa do consumidor e regime da publicidade, em particular da dirigida aos menores.

Nos regimes dos meios de comunicação social, é flagrante a *ausência da figura dos consumidores*. Ou nem são de todo referidos (caso da LI) ou existe uma referência incidental (cf. artigo 53.º LR, meramente a propósito do tempo de antena no serviço público de rádio das associações de defesa dos consumidores) ou, no máximo, algumas normas vagas, como acontecia na LT, a única derivada de diretrizes comunitárias, em que o respeito pelos direitos do consumidor releva para efeitos de alterações à composição da oferta dos serviços de programas televisivos distribuídos ou às respetivas condições de acesso (artigo 25.º LT), algumas formas de comunicação comercial (artigo 41.º-A e 41.º-B LT), concessão de serviço público (artigo 52.º LT) e direito de antena das associações representativas dos seus interesses (artigo 59.º LT). Dizemos acontecia, pois a LT foi recentemente alterada com inclusão de referências ao consumidor, quanto ao princípio da cooperação (artigo 6.º LT), fins da atividade de televisão (artigo 9.º LT) e um normativo específico de proteção dos consumidores (artigo 69.º-B LT), como apontaremos adiante.

Impõe-se assumir o compromisso com os consumidores *por si* como finalidade, obrigação e limite da atividade dos meios de comunicação social em geral e não apenas como reflexo da tutela da “dignidade da pessoa humana”, “direitos fundamentais”, “cidadãos”, “público”, “leitores”, “ouvintes”, “espectadores” e “telespectadores” e outras referências afins vertidas nos respetivos regimes jurídicos de forma por vezes indistinta<sup>803</sup>.

---

<sup>803</sup> Assinale-se, por exemplo, que o artigo 49.º LR refere “telespectadores”, certamente por cópia descuidada do artigo equivalente na LT, o artigo 51.º.



Em futuras alterações legislativas à LT, propomos também que se uniformize o sujeito destinatário da obrigação dos operadores de *identificar as comunicações comerciais audiovisuais*, já que ele é o “destinatário” na publicidade e televenda (artigo 40.º-A n.º 2 LT), o “espectador” na telepromoção (artigo 40.º-C n.º 2 LT), o “consumidor” nas comunicações comerciais audiovisuais virtuais (artigo 41.º-B n.º 2 LT) ou não identificado nas demais, como o patrocínio (artigo 41.º n.º 2 LT), colocação de produto (artigo 41.º-A n.º 6 LT) ou publicidade em ambiente interativo (artigo 41.º-D n.º 3 LT). Salvo melhor opinião, este desalinho terminológico não terá outra razão que não uma produção legislativa displicente.

No que respeita à informação e formação dos consumidores, consideramos que devia ser ínsito nas leis da rádio e televisão (e até da imprensa, ainda que em termos necessariamente diversos), normativo similar ao que, na lei de defesa do consumidor, impõe ao serviço público de rádio e televisão, a reserva de espaços para a promoção dos interesses e direitos do consumidor e destinados à sua educação e formação, em moldes concretos e com sanções para o não cumprimento da obrigação de difundir tais conteúdos. A informação e formação do consumidor mereceria, pois, lugar no catálogo de limitações positivas à liberdade de programação, a par, entre outras, das quotas de difusão e programação para defesa da língua e cultura portuguesas e da obrigação de difusão de serviços noticiosos.

Em geral, o regime jurídico de defesa do consumidor já prevê diretamente a responsabilidade dos meios de comunicação social (ainda que unicamente do serviço público de rádio e televisão) na informação e educação do consumidor (artigo 6.º n.º 3 e artigo 7.º n.º 2 LDC), bem como o direito de antena na rádio e na televisão das associações de consumidores (artigo 18.º n.º 1 b) LDC) e a prerrogativa da Direção-Geral do Consumidor participar na definição do serviço público de rádio e de televisão em matéria de informação e educação dos consumidores (artigo 21.º n.º 2 b) LDC). Afigura-se-nos, pois, que neste particular

o problema não será tanto ao nível da (in)suficiência das previsões normativas, mas antes do seu *enforcement*.

Todavia, ao nível da intermediação dos meios de comunicação social nas relações jurídicas de consumo como titulares de suportes publicitários, e dada a relevância contratual da publicidade nos termos já expostos, consideramos exígua a responsabilidade dos *media* apenas ao nível do direito do consumidor à informação em geral (artigo 7.º LDC). Assim, propomos a inclusão de uma norma ao nível do direito à informação em particular (artigo 8.º LDC), fazendo recair a obrigação de informar o consumidor também nos meios que veiculam as informações publicitárias tendentes à sua vinculação contratual. Se a obrigação de informar, adstrita ao fornecimento de bens e prestação de serviços desde a fase de negociações, se estende aos demais elos do ciclo produção-consumo (produtor, fabricante, importador, distribuidor, embalador e armazenista), não podem os suportes publicitários, pelo seu contributo no processo de informação até ao potencial consumidor, destinatário dessa informação, daqui ficar arredados, ainda que com as necessárias adaptações ao espaço e tempo publicitários.

Também aqui o ordenamento jurídico nacional prevê já no plano civil (artigo 30.º CPub) e contraordenacional (artigo 36.º CPub) a responsabilidade solidária dos titulares dos suportes publicitários pelo cumprimento dos princípios enunciados no Código da Publicidade (licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor) e pelas restrições ao seu conteúdo e objeto, pelo que se imporá fundamentalmente uma reflexão ao nível da efetivação desta responsabilidade.

No tocante à publicidade infantojuvenil, já o CESE se tinha debruçado sobre as insuficiências do quadro legal comunitário, por ser “desnecessariamente complexo”, “demasiadamente confuso”, “diversamente transposto” e “diferentemente aplicado”. O CESE critica o entendimento comunitário de que os

princípios e regras em matéria de proteção dos menores e da dignidade humana refletem a diversidade das culturas e das sensibilidades nacionais e locais (como tal excluídos de uma mais estreita intervenção comunitária), bem como a não consideração das especificidades da criança como “espetador passivo”<sup>804</sup>. O então Conselheiro Pegado Liz criticava ainda a atitude política da Comissão Europeia, pela recusa em incluir a temática de forma autónoma na agenda europeia, apesar dos esforços do CESE em prol desse reconhecimento.<sup>805</sup> Do mesmo modo, em Portugal o regime jurídico da publicidade infantojuvenil carece de ser mais concretizado. Se é certo que, no geral, se aceita que os normativos relativos à Publicidade sejam caracterizados por alguma indeterminação, que permita ajustar os normativos legais a uma atividade dinâmica e criativa, já assim não poderá ser admitido quando estejam em jogo direitos fundamentais do consumidor, de modo particular o consumidor menor de idade. Defendemos, pois, que em matéria de restrições à publicidade infantojuvenil, muito se poderá avançar.

Em primeiro lugar, o artigo 14.º CPub refere-se genericamente a *menores*. Na consideração da hipervulnerabilidade dos consumidores menores face à publicidade, a tutela exigida para um menor de 5, 12 ou 17 anos é necessariamente diversa. A própria lei fundamental distingue, como já vimos, entre a proteção à infância (com o referencial do “desenvolvimento integral” como incumbência do Estado e da Sociedade) e à juventude, respetivamente nos artigos 69.º e 70.º CRP, sem, no entanto, definir os limites mínimos e máximos destas idades.<sup>806</sup> O regime jurídico da publicidade deveria contemplar estas diferenças, estabelecendo patamares de tutela por faixa etária, e balizar a menoridade “infância”

---

<sup>804</sup> Cf. Parecer do CESE INT/593 (6).

<sup>805</sup> Cf. JORGE PEGADO LIZ, *O Enquadramento Legal da Publicidade Infanto-Juvenil na UE: Presente e Futuro*, 2014, p. 85.

<sup>806</sup> Cf. MÁRIO GABRIEL DE CASTRO NUNES AZEVEDO, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, 2008, p. 58-59. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º*, 2007, p. 875. Margarida Bettencourt propõe a referência a “crianças” para os menores de 13 anos e “adolescentes” entre os 14 e os 21 – Cf. MARGARIDA ALMADA BETTENCOURT, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição?*, 2007.

“adolescência” e “juventude”. Será igualmente de ponderar a proibição da publicidade dirigida aos menores de 12 anos, idade acolhida em diversos instrumentos de regulação e autorregulação a nível internacional.<sup>807</sup>

No ambiente audiovisual e digital, a questão etária também sofre muitas flutuações. Por exemplo, a referência etária para as restrições a publicidade a produtos que contenham elevado valor energético, teor de sal, açúcar, ácidos gordos saturados e ácidos gordos transformados são os 16 anos, para publicidade em serviços de programas televisivos e serviços de comunicação audiovisual a pedido e na rádio, salas de cinema, publicações e sítios, páginas, redes sociais ou aplicações móveis destinadas a dispositivos que utilizem a *internet*. Mas já a idade de consentimento digital para o tratamento de dados relativamente à oferta de serviços na sociedade da informação, que pode ter aquela componente publicitária, foi definida em Portugal nos 13 anos.

Por outro lado, as restrições limitam-se, na sua generalidade, a algumas formas de comunicação comercial audiovisual em *programas infantis* (durante ou de forma contígua)<sup>808</sup>, o que desconsidera muita da publicidade que se dirige ou atinge menores. Como afirma François Mariet, “a verdadeira televisão das crianças é aquela que elas efectivamente vêem e não (necessariamente) aquela que os canais expressamente lhes destinam”.<sup>809</sup> Os hábitos de consumo televisivos dos menores dependem do acompanhamento parental e fundem-se com os hábitos familiares (sobretudo nos agregados com apenas um equipamento televisivo e/ou com partilha do tempo e espaço de convívio). O que significa que os menores assistem, em

---

<sup>807</sup> Cf. LUIZ FERNANDO DEL RIO HORN e SELMAR JOSÉ MAIA, *A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas*, 2015, p. 125; Cf. TAMARA AMOROSO GONÇALVES, *A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor*, 2014, p. 130.

<sup>808</sup> Cf. artigo 40.º-B n.º 3 b) (televenda) e c) (publicidade em ecrã fracionado) e n.º 5 (tempo para interrupção), artigo 41.º-A n.º 1 (colocação de produto) e n.º 8 (ajuda à produção) e artigo 41.º-D n.º 2 (publicidade interativa) LT.

<sup>809</sup> MARIET, cit. por SARA PEREIRA, MANUEL PINTO e EULÁLIA PEREIRA, *A Televisão e as Crianças - Um ano de programação na RTP 1, RTP2, SIC e TVI*, 2009, p. 188.

família, aos mesmos conteúdos dos adultos.<sup>810</sup> Ademais, os programas *juvenis* não são diretamente referenciados pelo legislador, uma omissão incompreensível na medida em que os adolescentes e jovens, apesar de num estágio mais avançado de formação da personalidade do que as crianças, são em contrapartida mais permeáveis a pressões externas de integração e mais avessos ao controlo parental, o que não os torna menos vulneráveis aos impactos negativos da comunicação comercial.

Além disso, as restrições centradas na programação desvalorizam a publicidade televisiva emitida no *intervalo*. Para além da distinção programa/publicidade não ser claramente percecionada pelos espetadores mais jovens, nem o ser em geral da mesma forma que para operadores, legislador e regulador, há – e essa é uma das conclusões de um estudo sobre a televisão e as crianças promovido pela ERC – “o risco de tomar como mero ‘intervalo’ aquilo que, do ponto de vista dos valores e dos objectivos sociais partilhados, é ainda parte de um fluxo ‘informativo’ e formativo que é uno”.<sup>811</sup>

A lei já proíbe, na inserção de publicidade televisiva ou televida, o aumento do volume sonoro aplicado à restante programação (artigo 40.º-B n.º 2 LT)<sup>812</sup>. Uma outra medida legislativa a implementar, por forma a mitigar o impacto da pressão publicitária sobre os menores, seria a proibição de *repetição* de anúncios num mesmo intervalo publicitário.

---

<sup>810</sup> Cf. SARA PEREIRA, MANUEL PINTO e EULÁLIA PEREIRA, *A Televisão e as Crianças - Um ano de programação na RTP 1, RTP2, SIC e TVI*, 2009, p. 179, em que se verifica que, no período em análise, e para o segmento dos 4-14 anos de idade, os 10 programas gerais mais vistos no total dos canais incluem apenas jogos de futebol, telenovelas emitidas para a audiência geral e uma novela juvenil, ao tempo aliás, alvo de inúmeros procedimentos contraordenacionais pela ERC, pelos conteúdos apresentados.

<sup>811</sup> Cf. SARA PEREIRA, MANUEL PINTO e EULÁLIA PEREIRA, *A Televisão e as Crianças - Um ano de programação na RTP 1, RTP2, SIC e TVI*, 2009, p. 225.

<sup>812</sup> Cf. Diretiva 2016/1 da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, sobre os parâmetros técnicos de avaliação da variação do volume sonoro durante a difusão de publicidade nas emissões televisivas, disponível na WWW:< <https://www.erc.pt/pt/deliberacoes/deliberacoes>> [Consult. 05.07.2020].

Por último, quando estão em causa consumidores e destinatários de publicidade menores de idade, é premente acompanhar outros Estados-Membros da União Europeia<sup>813</sup> e regulamentar de forma mais específica determinados objetos (como brinquedos, concursos e conteúdos digitais) bem como das novas plataformas de difusão publicitária, nomeadamente os videojogos e as redes sociais.

### **3.2. Inadequação do regime sancionatório**

A liberdade de expressão e informação da comunicação social não é absoluta e ilimitada, não se podendo sobrepor a outros bens jurídicos pessoais ou de natureza supra-individual merecedores de tutela. Os abusos no exercício daquela liberdade são tratados nos planos da responsabilidade criminal, civil contraordenacional ou disciplinar.

A responsabilidade *criminal* está, de uma forma geral, associada às ofensas a direitos de personalidade (honra, intimidade da vida privada ou imagem)<sup>814</sup> e à violação de segredos ou direitos de propriedade intelectual, pelo que nela não nos detemos, por desenquadrada do objeto da nossa investigação. De igual modo não referimos as infrações de natureza *disciplinar*, enquadráveis por exemplo na violação da componente deontológica dos deveres dos jornalistas.<sup>815</sup>

Por seu turno, a responsabilidade *civil* terá lugar, nos termos gerais, quando os agentes da comunicação, de forma voluntária, ilícita e culposa lesem os direitos

---

<sup>813</sup> Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.13) e tabela comparativa entre Estados-Membros, disponível na WWW:<[http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/tvwf/contact\\_comm/35\\_table\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/tvwf/contact_comm/35_table_1.pdf)> [Consult. 05.07.2020].

<sup>814</sup> Cf., por todos, Cf. MARIA DA GLÓRIA CARVALHO REBELO, *A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão*, 1998 e Cf. ETIENNE MONTERO, *La responsabilité civile des médias*, 1998.

<sup>815</sup> Cf. LUÍS BRITO CORREIA, *Direito da Comunicação Social - Vol. I*, 2005; Cf. FERNANDO DOS REIS CONDESSO, *Direito da Comunicação Social - Lições*, 2007; Cf. ALBERTO ARONS DE CARVALHO, ANTÓNIO MONTEIRO CARDOSO e JOÃO PEDRO FIGUEIREDO, *Direito da Comunicação Social*, 2012.

ou interesses legalmente protegidos de outrem, sempre que haja um nexo de causalidade entre estes factos e os danos sofridos, de natureza patrimonial ou moral. No ilícito publicitário, é solidária com os anunciantes e os profissionais da publicidade, a responsabilidade dos meios de comunicação social como suportes publicitários (artigo 30.º CPub), bem como de outros intervenientes, entre os quais incluímos as celebridades ou apresentadores de televisão que participam na difusão da mensagem.

Nos domínios do direito do consumidor, da publicidade, e no tocante às obrigações legalmente impostas aos *media*, o regime sancionatório predominante é o de natureza *contraordenacional*. Ora quando falamos de meios de comunicação social, mormente enquanto suportes publicitários, o pagamento de uma coima pelo incumprimento das disposições legais de proteção dos consumidores destinatários da publicidade não se nos afigura dissuasor por comparação às receitas publicitárias obtidas com a difusão da mensagem publicitária ilícita. Por outro lado, a suspensão ou cessação de publicidades ilícitas por si só é ineficiente, pois como as campanhas publicitárias, por definição, têm uma duração temporal limitada, os consumidores assumem que a campanha terminou naturalmente e não associam o facto a nenhuma sanção. Por forma a não se instalar a sensação de impunidade e numa lógica de responsabilização pública, vemos como benéfico que seja dado “eco” da censurabilidade do comportamento do operador de comunicação, seja pela publicidade da sanção, seja por publicidade corretiva e até, nos casos mais extremos, suspensão da programação do operador infrator.



### **3.3. Fragilidades do sistema de defesa e fiscalização**

Aproveitamos a oportunidade para tecer algumas considerações ao atual Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e de que forma os seus aspetos negativos se repercutem no consumidor.

Uma primeira nota vai para a *dispersão* que caracteriza o sistema português. No capítulo relativo às instituições de promoção e tutela dos direitos do consumidor, a LDC contempla as associações de consumidores (artigo 17.º-19.º LDC), o Ministério Público (artigo 20.º LDC), a Direção-Geral do Consumidor (artigo 21.º LDC)<sup>816</sup>, o Conselho Nacional do Consumo (artigo 22.º LDC)<sup>817</sup>, e os serviços municipais de informação ao consumidor (artigo 7.º n.º 1 b) LDC), usualmente designados por Centros de Informação Autárquica ao Consumidor (CIAC). Se avançarmos para o plano da resolução de conflitos de consumo, os meios judiciais coabitam com os híbridos Julgados de Paz e o sistema voluntário ou necessário de Arbitragem de Conflitos de Consumo. De permeio, a defesa de consumidor interage com uma miríade de Entidades Reguladoras e Entidades Fiscalizadoras, competentes em dadas áreas de atividade.

Apesar dos distintos âmbitos de atuação, para o consumidor comum esta multiplicidade de estruturas representa *indefinição* sobre a quem recorrer para salvaguarda dos seus direitos. Agravada pelo facto de algumas destas entidades exercerem competências confinantes, como sejam a DGC e a ERC em matéria de publicidade. Mais ainda no ambiente digital, em que dependerá, por exemplo, de se tratar de uma questão sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços da

---

<sup>816</sup> A DGC é o “serviço público destinado a promover a política de salvaguarda dos direitos dos consumidores, bem como a coordenar e executar as medidas tendentes à sua proteção, informação e educação e de apoio às organizações de consumidores”.

<sup>817</sup> O Conselho Nacional de Consumo é o “órgão independente de consulta e ação pedagógica e preventiva, exercendo a sua ação em todas as matérias relacionadas com o interesse dos consumidores”.

sociedade da informação, cuja entidade de supervisão central é a Autoridade Nacional de Comunicações<sup>818</sup>; ou uma participação em matéria de proteção de dados, competência da Comissão Nacional de Proteção de Dados; ou questões de propriedade intelectual, que poderão cair na alçada de diferentes entidades públicas e organismos de gestão coletiva de direitos.

Uma segunda fragilidade relaciona-se com a generalizada *falta de fervor* do sistema. Muitos consumidores ignoram a existência da DGC e referenciam como entidade oficial de defesa do consumidor uma associação privada. Mais estranhamente, esta também continua no plano da resolução de litígios, em que muitos desconhecem os meios de proximidade ao seu alcance, cuja celeridade e tendencial gratuitidade os deveria evidenciar. Estes dados revelam que há um longo caminho a trilhar na afirmação do sistema globalmente considerado. Muito se deverá, certamente, à falta de recursos humanos e materiais da DGC para ações de divulgação e para fiscalizar a aplicação de todos os diplomas na sua égide. A que não será alheia a falta de prioridade que os sucessivos Governos têm dado à defesa do consumidor, acoplada a outras estruturas ministeriais, e raras vezes alvo de reflexão programática. A Defesa do Consumidor merece crescer até ser reconhecida, interventiva, forte. Porque não equacionar um Provedor de Justiça dos Consumidores ou um Ministério dos Consumidores? E, no entretanto, efetivar o que a lei já determina, nomeadamente o apoio a iniciativas de associações de consumidores e a ampliação da rede de estruturas municipais de informação ao consumidor.

O terceiro aspeto tem a ver com a *inércia* dos consumidores, que reclamam pouco (e/ou de forma desestruturada) e menos ainda acionam os meios de defesa

---

<sup>818</sup> Cf. artigo 35.º do DL n.º 7/2004 de 7 de janeiro.

ao seu alcance. As razões serão variadas, mas no essencial permitimo-nos reproduzir um escrito de 1978 (despudoradamente atual), de Eike Von Hippel, que nota que é frequente os consumidores não fazerem valer os seus direitos judicialmente, quer pelo reduzido valor dos litígios, quer por razões inerentes ao próprio sistema de justiça,

“por deficientes conhecimentos jurídicos, por receio de insucesso, por inibição relativa ao contacto com o tribunal ou com o advogado, por medo dos dispêndios necessários em energia, tempo e dinheiro, pelo risco do processo, falta de confiança na justiça e(ou) na advocacia, pela falta de interesse dos advogados”.<sup>819</sup>

No que se refere aos meios de comunicação social e comercial, a apatia consumerista será ainda maior, por não estarmos a lidar com relações jurídico-contratuais concretas, mas com questões que são, acima de tudo, de cidadania e direitos fundamentais da coletividade.

Estamos longe de assistir, para os direitos dos consumidores, ao mesmo processo de *enraizamento* que experienciamos para outras realidades quotidianas, como a eletricidade e futuramente a *internet*, que de tão presentes na vida das pessoas se tornam quase invisíveis. É preciso “banalizar os direitos do consumidor”<sup>820</sup> no sentido da consciência individual e coletiva da sua promoção. Por outro lado, reconhecemos que a intensidade da regulação e fiscalização varia consoante o envolvimento do Estado no mercado de consumo. Países como Portugal, em que o incumprimento da lei é algo quase “cultural”<sup>821</sup> têm um longo caminho a percorrer na afirmação de uma política séria de defesa dos consumidores, que não faça jus aos “brandos costumes” lusitanos.

---

<sup>819</sup> Cf. EIKE VON HIPPEL, *Defesa do consumidor*, 1978, p. 30-31.

<sup>820</sup> Cf. JOSÉ MACÁRIO CORREIA, *Um novo desafio: a defesa dos consumidores*, 1990, p. 161.

<sup>821</sup> A propósito do Brasil, Cf. ISABELLA HENRIQUES, *A violência no âmbito da publicidade voltada ao público infantil*, 2014, p. 180.

#### **4. NECESSIDADE DE UM ESTATUTO JURÍDICO INTEGRADO DO MENOR**

##### **4.1. Perspetiva comparada**

Antes de avançarmos com uma conclusão em relação à necessidade de um estatuto jurídico integrado do menor em Portugal, fazemos uma breve incursão de direito comparado. Seleccionamos três países em que consagraram estatutos específicos para o menor de idade, um na União Europeia (Espanha), outro num país de língua portuguesa (Brasil) e outro pelas ligações à UE e por ser a sede de muitas das plataformas tecnológicas que oferecem serviços da sociedade da informação às crianças (Estados Unidos da América).

##### *a) Brasil*

No Brasil o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (ECA) foi estatuído pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990<sup>822</sup> e considera criança até aos 12 anos e adolescente entre os 12 e os 18 anos (artigo 2.º ECA). O Estatuto começa por afirmar o princípio de que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (artigo 3.º ECA), sendo a efetivação dos seus direitos dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público (artigo 4.º ECA) e punido qualquer atentado a tais direitos, por ação ou omissão (artigo 5.º ECA). Ainda nas disposições

---

<sup>822</sup> Cf. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, disponível na WWW:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm)> [Consult. 19.12.2020].

preliminares, o legislador deixa patente a dimensão transindividual da tutela dos direitos do menor, ao estabelecer que, na interpretação do Estatuto, “levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (artigo 6.º ECA).

O Estatuto subdivide-se numa Parte Geral, que dispõe sobre os direitos fundamentais do menor e aspetos relacionados com a prevenção, e uma Parte Especial, que aborda a política de atendimento, medidas de proteção, prática de ato infracional, medidas pertinentes aos pais ou responsável, conselho tutelar, acesso à justiça, e crimes e infrações administrativas. Apesar de não tratar autonomamente as questões inerentes ao menor como consumidor, o Estatuto tem o mérito de salientar a *prevenção* e consagrar o dever de todos de “prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (artigo 70.º ECA) e o direito do menor “a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (artigo 71.º ECA).

No que se refere aos meios de comunicação social, o legislador impõe a adequação à faixa etária dos menores, quer dos programas de rádio e televisão (artigo 76.º ECA), quer de revistas e publicações que, quando destinadas ao público infantojuvenil, “deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família” (artigo 79.º ECA). É ainda proibida a venda a menores de produtos como armas, bebidas alcoólicas, pirotecnia, jogo, publicações com conteúdo impróprio para menores e outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida.

Está atualmente em discussão o Projeto de Lei 1746/2015, que acrescenta ao Estatuto um capítulo sobre Proteção dos Dados de Crianças e Adolescentes na

Internet.<sup>823</sup> O texto do projeto, na sua versão atual, impõe aos prestadores de serviços de *internet* (cujo conteúdo seja dirigido a menores ou que tenham conhecimento efetivo de que recolhem informações pessoais de menores) o dever de informação e de obtenção do consentimento parental, bem como o de assegurar a confidencialidade e integridade dos dados recolhidos e a exclusão dessas informações pessoais quando solicitado. Proíbe-se ainda a recolha de informações pessoais de crianças ou de adolescentes para fins de marketing ou suporte a qualquer atividade relacionada a marketing, e a recolha de dados acerca dos interesses da criança ou adolescente e suas preferências de diversão ou lazer por meio de “*cookies*” ou similar.

Entretanto a *Lei de Proteção de Dados Pessoais* determina que o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes seja realizado no seu interesse e acentua o consentimento como regra de legitimidade do tratamento de dados de crianças, bem como a necessidade do fornecimento das informações adequadas ao entendimento de uma criança. Relativamente ao ambiente digital, prevê que os responsáveis pelo tratamento não deverão condicionar a participação dos menores titulares de dados em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias a tal atividade.<sup>824</sup> Refira-se que o regime de tratamento de dados de crianças e de adolescentes é diverso, na medida em que para estes últimos não se estabelece a condição do consentimento pelos pais ou representante legal. Esta desnecessidade de consentimento parental para o tratamento de dados pessoais dos adolescentes, se

---

<sup>823</sup> Cf. Projeto de Lei PL 1746/2015, que acrescenta o Capítulo IV-A ao Título II - Dos Direitos Fundamentais, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que "Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências", para garantir o direito de proteção dos dados de crianças e adolescentes na Internet, disponível na WWW:<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1301102>> [Consult. 19.12.2020].

<sup>824</sup> Cf. artigo 14.º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), na sua redação atual, disponível na WWW:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm)> [Consult. 13.04.2021].

justificável por inspiração com o limite mínimo admissível no RGPD e pela tutela da sua liberdade de expressão e participação no ambiente digital, é questionável pois os adolescentes são, como as crianças, seres em desenvolvimento e “imediatistas, impulsivos e imprudentes, características que potencializam a sua exposição aos mais variados perigos na Internet” e “bastante influenciáveis, o que torna os seus dados pessoais extremamente atrativos para o mercado”.<sup>825</sup>

Por sua vez, o *Código de Defesa do Consumidor* (CDC) brasileiro<sup>826</sup> referencia os menores a propósito das práticas comerciais, ao considerar *abusivas*, entre outras, “a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (artigo 37.º § 2º CDC) e ao vedar ao fornecedor de produtos ou serviços “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços” (artigo 39.º IV CDC).

Em 2014, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) emitiu a *Resolução n.º 163*<sup>827</sup>, sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, comunicação essa que inclui, nos termos do artigo 1.º § 2º, “anúncios impressos, comerciais televisivos, spots de rádio, banners e páginas na internet, embalagens, promoções, merchandising, ações por meio de shows e apresentações

---

<sup>825</sup> Cf. LUCAS AUGUSTO MARTINS BEZERRA, *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: por que o tratamento de dados pessoais de adolescentes dispensa o consentimento parental?*, 2021, p. 348.

<sup>826</sup> Cf. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, disponível na WWW:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)> [Consult. 19.12.2020].

<sup>827</sup> Cf. Resolução do CONANDA n.º 163, 13 de março de 2014, que dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente, disponível na WWW:<<https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/resolucoes/resolucao-163-publicidade-infantil.pdf>> [Consult. 19.12.2020].



e disposição dos produtos nos pontos de vendas”. A Resolução considera abusiva a prática do direcionamento de práticas comerciais à criança com utilização dos seguintes aspetos (artigo 2.º Resolução): linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; representação de criança; pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; personagens ou apresentadores infantis; desenho animado ou de animação; bonecos ou similares; promoção com distribuição de prémios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Estes critérios de abusividade aplicam-se à comunicação comercial realizada em qualquer horário e suporte, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, e independentemente do público-alvo desses meios. É ainda abusiva a comunicação comercial no interior de estabelecimentos escolares, incluindo em uniformes e materiais didáticos. Na comunicação comercial dirigida aos menores, a Resolução autonomiza um conjunto de princípios dos quais destacamos a “atenção e cuidado especial às características psicológicas do adolescente e sua condição de pessoa em desenvolvimento”, “não permitir que a influência do anúncio leve o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior” e “não induzir, mesmo implicitamente, sentimento de inferioridade no adolescente, caso este não consuma determinado produto ou serviço” (artigo 3.º Resolução).

*b) Espanha*

A Ley Orgánica 1/1996, de 15 de janeiro, relativa à *Proteção Jurídica do Menor* (PJM)<sup>828</sup> principia por afirmar o interesse superior do menor, a ser

---

<sup>828</sup> Cf. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil., disponível na WWW:<

ponderado em todas as ações e decisões de âmbito público ou privado (artigo 2.º PJM). Para efeitos de interpretação e aplicação deste princípio, o legislador definiu quatro critérios: a) a proteção do direito à vida, sobrevivência, desenvolvimento e satisfação das necessidades do menor; b) a consideração dos desejos, sentimentos, opiniões e direito de participação progressiva do menor; c) a conveniência de que a vida e desenvolvimento ocorram em ambiente familiar adequado; d) a preservação da identidade, cultura, religião, convicções, orientação e identidade sexual ou língua do menor, e a não discriminação e garantia de desenvolvimento harmonioso da sua personalidade. Entre os elementos a atender na ponderação destes critérios, encontra-se a idade e maturidade do menor, a minimização dos riscos para a sua personalidade e desenvolvimento futuro e a preparação da transição para a idade adulta e independente.

A lei de PJM está organizada em dois títulos, o primeiro relativo aos direitos e deveres do menor e o segundo dedicado às situações de vulnerabilidade social de menores e instituições de proteção. Consagram-se os direitos do menor à honra, privacidade e imagem, informação, liberdade ideológica, participação, associação e reunião, liberdade de expressão e direito de ser ouvido e escutado. Alguns destes direitos estão mais estreitamente conexos com a sua tutela enquanto público vulnerável. Desde logo, na proibição de divulgação de informações ou utilização de imagens ou nomes de menores nos meios de comunicação que possam implicar uma ingerência ilegítima na sua privacidade, honra ou reputação, ou que seja contrária aos seus interesses, o que pode acontecer mesmo com consentimento do menor ou seus representantes legais (artigo 4.º PJM). Por outro lado, no seu direito à informação (artigo 5.º PJM), a atenção a dar à literacia digital e mediática, com vista a uma atuação segura e responsável *online*. E a garantia de que, nas comunicações dirigidas a menores, os meios de comunicação promovam valores

---

<https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>> [Consult. 19.12.2020]. Outros normativos que incorporam a proteção do menor podem ser consultados na WWW:<  
<https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=286&modo=1&nota=0&tab=2>> [Consult. 19.12.2020].

positivos (igualdade, solidariedade, diversidade e respeito pelos outros) e limitem conteúdos prejudiciais tais como imagens de violência, exploração ou tratamento degradante, sexista ou discriminatório. Outra garantia é a de que a publicidade ou mensagens dirigidas a menores ou veiculadas na programação a eles dirigida, não seja moral ou fisicamente prejudicial.

A esse propósito cumpre referir o *Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia*, recentemente aprovado e em fase final de tramitação<sup>829</sup>. Numa alteração à lei geral de publicidade, o projeto inclui na previsão de ilicitude da publicidade que atenta contra a dignidade da pessoa ou viola os valores e direitos constitucionais “qualquer forma de publicidade que contribua para gerar violência ou discriminação em qualquer das suas manifestações sobre os menores de idade, ou promover estereótipos de natureza sexista, racista, estética, de carácter homofóbico ou transfóbico ou por razões de deficiência.”<sup>830</sup>.

Já quanto às novas tecnologias, os atuais artigos 45.º e 46.º do Projeto cometem às administrações públicas o desenvolvimento de campanhas de educação e sensibilização dirigidas às crianças e adolescentes, famílias, educadores e outros profissionais que trabalhem com menores de idade sobre o uso seguro e responsável da internet, a disponibilização de uma linha específica de apoio, bem como o incentivo à responsabilidade social das empresas em matéria de uso seguro e responsável da internet na infância e adolescência. Quanto ao diagnóstico e controlo de conteúdos, o projeto prevê um diagnóstico periódico sobre o uso seguro da internet por crianças e adolescentes, riscos associados e novas tendências, e ações

---

<sup>829</sup> Cf. Proyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. (621/000021), disponível na WWW:<  
[https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG\\_D\\_14\\_176\\_1768.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/SEN/BOCG/2021/BOCG_D_14_176_1768.PDF)>  
[Consult. 09.05.2021].

<sup>830</sup> Tradução nossa. No original: “Asimismo, se entenderá incluida en la previsión anterior cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad.”

tendentes à criação de um ambiente digital seguro, com classificação etária mais padronizada e uma rotulagem inteligente de conteúdos digitais. Pretende-se fomentar, por um lado, os mecanismos de controlo parental, denúncia e bloqueio quanto a conteúdos e contactos nocivos e, por outro lado, conteúdos *online* positivos e adaptados às necessidades de diferentes faixas etárias. Uma última referência importante diz respeito ao papel da Agencia Española de Protección de Datos na proteção específica dos dados pessoais de menores em casos de violência contra crianças e adolescentes, especialmente quando realizada por meio de tecnologias de informação e comunicação. O Projeto prevê a disponibilidade de um canal acessível e seguro para denúncia de conteúdos ilegais e prejudiciais do direito à proteção de dados pessoais, podendo a denúncia ser efetuada pelo próprio menor, desacompanhado, caso tenha suficiente maturidade.

Está também para breve a aprovação da nova *Ley General de Comunicación Audiovisual* que, entre outros aspetos, reforça os direitos dos menores nos serviços de comunicação audiovisual e estende essa proteção aos serviços de plataforma de partilha de vídeos.<sup>831</sup> No normativo relativo à literacia mediática, o anteprojeto salienta a necessidade de serem adotadas medidas, concertadas entre autoridades, prestadores de serviços e entidades do sistema educativo, para promover que os pais e tutores assegurem que os menores façam um “uso equilibrado e responsável” dos dispositivos e serviços audiovisuais e digitais, “a fim de garantir o adequado desenvolvimento da sua personalidade e preservar a sua dignidade e direitos fundamentais”, com remissão para a lei espanhola de proteção dos dados pessoais e direitos digitais (artigo 10.º n.º 4 do anteprojeto).<sup>832</sup> O Anteprojeto inclui um capítulo autónomo relativo à proteção dos menores no título relativo às obrigações dos prestadores de serviços de comunicação audiovisual televisiva (artigos 93.º a

---

<sup>831</sup> O texto do Anteprojeto e a *Memoria del análisis de impacto normativo (MAIN)* estão disponíveis na WWW:< <https://avancedigital.mineco.gob.es/es-es/Participacion/Paginas/DetalleParticipacionPublica.aspx?k=355>> [Consult. 09.05.2021].

<sup>832</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, disponível na WWW:< <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673>> [Consult. 09.05.2021].

98.º do anteprojeto). Nele se incentiva a mecanismos de autorregulação e correção quanto aos descritores visuais e qualificação de programas e conteúdos audiovisuais e alargam alguns horários de restrição salvaguarda de conteúdos potencialmente prejudiciais para os menores, como sejam o esoterismo, paraciências, jogos e apostas. Quanto aos fornecedores de plataformas de partilha de vídeos, o foco está nos sistemas de controlo parental e identificação digital para efeitos de verificação da idade e proibição do tratamento de dados de menores para efeitos comerciais (artigos 87.º e 88.º do anteprojeto).

*c) Estados Unidos da América*

Uma outra referência nesta breve análise comparativa é, nos Estados Unidos da América, o *Children's Online Privacy Protection Act* (COPPA) de 1998 e subsequente *COPPA Rule*<sup>833</sup>. Em comparação com os instrumentos anteriormente descritos, o COPPA é mais restrito, quer na faixa etária abrangida (menores de 13 anos) quer no âmbito de aplicação (centrado nas temáticas da privacidade *online*). O COPPA proíbe práticas desleais relacionadas com a recolha, uso e/ou divulgação de informações pessoais de e sobre crianças na Internet, incluindo solicitar ou encorajar uma criança a enviar informações pessoais *online*, rastrear passivamente uma criança ou disponibilizar publicamente as informações recolhidas. A definição de informações pessoais inclui nome, contacto físico, telefónico ou *online*, número de segurança social, identificadores persistentes (como *cookies* ou endereços IP), fotografia, vídeo ou áudio de uma criança, geolocalização ou outras informações relativas à criança ou seus pais.

Aos operadores de sites ou serviços *online* direcionado a crianças, o COPPA impõe 5 obrigações principais (§312.3) a saber: a) disponibilizar a sua política de

---

<sup>833</sup> Cf. Children's Online Privacy Protection Rule ("COPPA"), disponível na WWW:<<https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/childrens-online-privacy-protection-rule>> [Consult. 19.12.2020].

recolha, uso e divulgação de informações pessoais de crianças; b) obter o consentimento parental; c) fornecer um meio razoável para os pais reverem as informações fornecidas pela criança e recusarem a sua utilização para futuro; d) não condicionar a participação de uma criança num jogo, ofertas de prémios ou outra atividade à divulgação de informações pessoais que não sejam razoavelmente necessárias para tal atividade; e) estabelecer procedimentos de proteção da confidencialidade, segurança e integridade das informações pessoais de crianças.

Como métodos de verificação do consentimento parental, o COPPA propõe um formulário assinado e devolvido ao operador, a utilização de um cartão de crédito, débito ou outro sistema de pagamento *online*, uma chamada telefónica ou por videoconferência dos pais para pessoal do operador, a verificação da identidade dos pais por comparação com bases de dados governamentais, um envio de email de confirmação, etc. Como forma de evitar os custos e dificuldades de verificação deste consentimento, muitos operadores optam simplesmente por não permitir o acesso a menores de 13 anos, o que por seu lado favorece que os menores mintam sobre a sua idade para contornar a proibição. Outra das críticas ao COPPA é a desproteção dos adolescentes, entre os 13 e os 18 anos, afastados que estão do âmbito de proteção do diploma legal.<sup>834</sup>

Comparativamente com o RGPD, que não aclara o que se deve entender por “oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças” (artigo 8.º RGPD), o COPPA (§312.2) valoriza as evidência empíricas e elenca alguns aspetos a ponderar para determinar se um determinado serviço *online* é direcionado a crianças, como sejam o assunto, conteúdo visual, uso de personagens animados ou atividades e incentivos orientados para crianças, música ou outro conteúdo áudio, idade das modelos, presença de celebridades infantis ou apelativas para crianças, linguagem ou outras características do site ou serviço *online* e publicidade

---

<sup>834</sup> Cf. AGATHON FRIC, *Access of Evil? Legislating Online Youth Privacy in the Information Age*, 2014, p. 163.

direcionada a crianças, bem como o conhecimento real do prestador de serviços da recolha feita de informações pessoais relativas a crianças.

Ao centrar-se no ambiente digital, cuja regulamentação, como vimos, importa a consideração de algumas especificidades, um estatuto mais “afunilado” como o do COPPA permitiria colmatar de forma mais específica uma das lacunas do ordenamento português, relativamente aos direitos dos menores em contexto digital. Todavia, afigura-se-nos que a opção que melhor tutela o superior interesse do menor é a seguida com o ECA e a Lei da PJM, pelo mérito de dar ao menor o protagonismo de um estatuto jurídico a ele dedicado e pelas razões que elencamos no ponto seguinte.

Por outro lado, podemos retirar desta breve referência de direito comparado alguns aspetos a incorporar no direito nacional a constituir:

- Do ECA e demais legislação avulsa brasileira, a questão da definição etária de infância e adolescência, a afirmação legal do princípio da prevenção e da condição de pessoa em desenvolvimento e a inclusão de regulamentação específica em matéria de recolha de informações pessoais de crianças ou de adolescentes para fins de *marketing* e aspetos a ponderar quanto ao direcionamento de práticas comerciais para crianças;
- Da Lei da PJM, os critérios de aplicação e interpretação e aplicação do princípio do interesse superior do menor, bem como a promoção, pelos meios de comunicação, de valores positivos; na regulamentação em tramitação, também a menção à discriminação e estereótipos na publicidade e a expressa inclusão das novas tecnologias;
- Do COPPA, quanto ao tratamento de informação pessoal do menor, os métodos de verificação do consentimento parental e os critérios de concretização do que se considera oferta direta de serviços da sociedade da informação a crianças.



#### **4.2. Do direito constituído ao direito a constituir**

Estes exemplos de direito comparado introduzem-nos na questão da necessidade de existir ou não um estatuto jurídico integrado do menor e, em caso afirmativo, o seu âmbito de proteção. Na realidade, em Portugal, a tutela jurídica do menor está esparsa por vários diplomas legais, no plano civil e criminal. Mesmo cingindo-nos às questões inerentes ao direito do consumo e direito da comunicação, encontramos referências à tutela das crianças e jovens nos regimes jurídicos da publicidade, da comunicação social, da proteção de dados, nem sempre de forma coerente ou integrada.

A opção pela sistematização das normas de tutela do consumidor menor e sua agregação num estatuto único permitiria, na nossa perspetiva, alcançar os seguintes objetivos:

- i) Dignificar a pessoa do menor e fomentar a responsabilidade coletiva no seu desenvolvimento integral;
- ii) Consolidar a afirmação do menor como *sujeito autónomo* com plenos direitos de cidadania, independentemente das responsabilidades parentais a ele relativas;
- iii) Reconhecer o menor como *sujeito global* de direitos, não só de natureza pessoal, mas também como sujeito económico e participante no mercado de consumo;
- iv) Facilitar o conhecimento, interpretação e aplicação das normas legais tuteladoras da sua vulnerabilidade.

Em 19/11/2020 foi publicada a *Lei n.º 74/2020*, que altera a lei da televisão e dos serviços audiovisuais a pedido<sup>835</sup> e transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva (UE) 2018/1808 e que entrará em vigor a 17/02/2021. Como já tivemos oportunidade de analisar, um dos objetivos desta Diretiva (que altera a Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual<sup>836</sup>) foi o de conseguir alguma convergência entre os serviços de comunicação social e os de plataformas de partilha de vídeos, sendo a proteção dos consumidores e a proteção de crianças e jovens duas das áreas de preocupação do legislador europeu.

O legislador europeu aponta o necessário equilíbrio que deve ser alcançado entre o acesso aos serviços de conteúdos em linha, a proteção dos consumidores e a competitividade<sup>837</sup> e a “realização de um alto nível de defesa dos consumidores” como uma das razões imperiosas de interesse público geral que pode justificar restrições à liberdade de prestação de serviços, desde que tais restrições sejam justificadas, proporcionais e necessárias.<sup>838</sup>

No diploma nacional de transposição, entre os  *fins da atividade de televisão* (artigo 9.º LT) foi incluído o de “assegurar, em todas as suas emissões, um nível elevado de proteção dos consumidores”. E, no princípio da cooperação (artigo 6.º LT) foi agora definido que “o Estado, a concessionária do serviço público e os restantes operadores de televisão e de serviços audiovisuais a pedido devem colaborar entre si na prossecução dos valores da dignidade da pessoa humana, dos direitos específicos das crianças e jovens, do Estado de direito, da sociedade democrática e da coesão nacional, da promoção da língua e da cultura portuguesas

---

<sup>835</sup> Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, alterando a Lei n.º 27/2007, de 30 de julho, que aprova a Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido, e a Lei n.º 55/2012, de 6 de setembro, relativa ao fomento, desenvolvimento e proteção da arte do cinema e das atividades cinematográficas e audiovisuais.

<sup>836</sup> Cf. Diretiva 2010/13/UE.

<sup>837</sup> Cf. Considerando 1 da Diretiva 2018/1808.

<sup>838</sup> Cf. Considerando 10 da Diretiva 2018/1808.

e da proteção das crianças e jovens e dos consumidores, tendo em consideração as necessidades especiais de certas categorias de espetadores.”

Concretamente no que se refere à comunicação comercial audiovisual sob a forma de *colocação de produto*, que atualmente apenas era permitida “em obras cinematográficas, filmes e séries concebidos para serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, programas sobre desporto e programas de entretenimento ligeiro” (artigo 41.º-A LT), passa a ser admitida em todos os programas televisivos, com exceção de noticiários, programas de atualidade informativa, programas religiosos, programas infantis e programas relativos a assuntos dos consumidores.

No novo capítulo relativo à *plataforma de partilha de vídeos*, estão agora previstos alguns deveres que impendem sobre os fornecedores dessas plataformas quer relativamente a direitos humanos e proteção de crianças e jovens (artigo 69.º-A LT) quer relativamente à proteção de consumidores (artigo 69.º-B LT), sendo que neste último normativo se apontam igualmente algumas salvaguardas relativamente a menores. Assim, os fornecedores de plataformas de partilhas de vídeo passarão a estar obrigados a tomar medidas para proteger crianças e jovens contra programas, vídeos gerados pelos utilizadores e comunicações comerciais suscetíveis de prejudicar o seu desenvolvimento integral, físico, mental ou emocional, e o público em geral conteúdos de incitamento à violência ou ódio ou cuja divulgação consista numa atividade que constitua infração penal (terrorismo, pornografia infantil, racismo e xenofobia).

Já para proteção dos consumidores, os fornecedores de plataformas de partilha de vídeos devem assegurar que, quer as comunicações comerciais audiovisuais por si promovidas, vendidas ou organizadas, quer as difundidas por terceiros através dos seus serviços cumpram determinados limites, designadamente que:

- são reconhecíveis e não representam publicidade oculta, dissimulada ou subliminar;
- não incentivam comportamentos prejudiciais à saúde e segurança e proteção do ambiente;
- não dizem respeito a tabaco, incluindo cigarros eletrônicos, nem a tratamentos ou medicamentos apenas disponíveis mediante receita médica;
- não dizem respeito a bebidas alcoólicas, se o público-alvo forem menores, e, em geral, que não incentivam ao seu consumo imoderado;
- não sejam suscetíveis de causar prejuízos físicos, mentais ou morais às crianças e jovens, pelo aproveitamento da sua inexperiência ou credulidade para aquisição de produtos ou serviços, incentivo direto a persuadirem pais ou outras pessoas a fazê-lo, aproveitamento da confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores e outras pessoas, e apresentação injustificada de crianças e jovens em situações perigosas.

Para assegurar estes fins de proteção de menores e consumidores, o legislador impõe ainda aos fornecedores de plataformas de partilha de vídeos a adoção obrigatória de certas medidas (artigo 69.º-C LT), como a inclusão daquelas restrições nos termos e condições de utilização dos serviços, mecanismos para os utilizadores que carregam vídeos declararem se os mesmos contêm comunicações comerciais audiovisuais e para o público sinalizar conteúdos que não cumpram as restrições e acompanhar o seguimento dado a tais sinalizações, sistemas de verificação da idade e de controlo parental e medidas de sensibilização para a literacia mediática. Ficam ainda obrigados a disponibilizar mecanismos de resolução de litígios (artigo 69.º-F LT) aos utilizadores que carregam vídeos e ao público das plataformas.

Por último e reconhecendo que “a criação de mecanismos de proteção das crianças pelos fornecedores de serviços de comunicação social implica

inevitavelmente o tratamento de dados pessoais de menores”<sup>839</sup>, o legislador europeu frisa que os dados pessoais de menores tratados no âmbito destas medidas de proteção não podem ser tratados para finalidades comerciais, como sejam o marketing direto, a definição de perfis ou a publicidade comportamental.<sup>840</sup>

A publicação desta lei coincidiu com a conclusão do nosso trabalho e a sua entrada em vigor será já em 2021, pelo que nos resta prognosticar que a implementação não será isenta de dificuldades, atenta a oposição entre a regulação e intervencionismo estatal dos meios de comunicação social tradicionais e a maior flexibilidade e liberalização associada aos setores audiovisual e digital, e as implicações no regime de responsabilidade das plataformas *online*. Poder-se-ia questionar se no mercado digital o caminho não deveria ter sido o inverso (menos regulação), mas concordamos com Martínez Otero que a resposta deve ser negativa:

“Os direitos e interesses públicos envolvidos no âmbito da comunicação audiovisual revestem uma importância tão nuclear para uma democracia - em termos de pluralismo, identidade, defesa dos menores - que justificam uma intervenção decidida dos poderes públicos com vista à sua efetiva salvaguarda e promoção.”<sup>841</sup>

Apesar de favoráveis à convergência e de com a nova lei serem colmatadas algumas das lacunas que apontamos ao regime vigente em matéria de comunicação social, não podemos deixar de criticar a técnica de transposição operada pelo legislador nacional. Mais uma vez o legislador nacional não efetuou uma verdadeira

---

<sup>839</sup> Cf. Considerando 21 da Diretiva 2018/1808.

<sup>840</sup> Cf. artigos 6.º-A e 28.º-B da Diretiva 2010/13/UE, aditados pela Diretiva 2018/1808, e artigo 93.º-B LT, aditado pelo diploma nacional de transposição.

<sup>841</sup> Tradução nossa. No original: “los derechos e intereses públicos implicados en el ámbito de la comunicación audiovisual revisten una trascendencia tan nuclear para una democracia —en términos de pluralismo, de identidad, de defensa de los menores— que justifica una intervención decidida de los poderes públicos en orden a su efectiva salvaguardia y promoción.” - Cf. JUAN MARÍA MARTÍNEZ OTERO, *Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: la Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital*, 2019, p. 557.

transposição, mas antes um quase “enxerto” das normas da nova Diretiva na legislação nacional existente. Também a ERC, a propósito da proposta da lei agora publicada tinha criticado o que apelidou de “transladação” ao invés de transposição, lembrando que uma Diretiva obriga “quanto às finalidades e não quanto à formulação, devendo ser concretizadas no direito interno através de uma linguagem conforme à tradição jurídica dos Estados e o mais clara possível quer para os destinatários quer para os cidadãos em geral”<sup>842</sup>. Efetivamente a versão final publicada falha ao nível da organização, inteligibilidade e sistematização, quer internamente na própria LT quer no sistema jurídico nacional no seu conjunto.

Desde logo, no novo capítulo relativo às plataformas de partilha de vídeo foram incluídos dois artigos, um cuja epígrafe é “direitos humanos e proteção de crianças e jovens” e outro intitulado “proteção dos consumidores”, sendo que este último incorpora igualmente normas de tutela das crianças e jovens, não sendo claros os critérios da separação. Por outro lado, todos os limites às comunicações comerciais audiovisuais agora consagrados no artigo 69.º-B constavam já do Código da Publicidade em termos muito similares, pelo que criticamos a opção do legislador de repetição e não remissão para aquele diploma de carácter geral. Além disso, os limites surgem consagrados apenas no capítulo relativo às plataformas de partilha de vídeo, quando o objetivo da Diretiva seria abranger toda a comunicação social audiovisual.

Como já referimos anteriormente, impõe-se também alguma uniformização quanto aos destinatários da obrigação de identificabilidade da comunicação comercial audiovisual, já que a LT utiliza indistintamente “destinatário”, “espectador” e “consumidor”, sem que se vislumbre qualquer justificação para a diferença terminológica, na medida em que as razões que motivam esta identificabilidade são as mesmas.

---

<sup>842</sup> Cf. Deliberação ERC/2020/143 (Parecer Leg), p. 12, disponível na WWW:<<https://www.erc.pt/pt/deliberacoes>> [Consult. 06.05.2021].

Face à versão atual da lei, podemos questionar, por exemplo, no tocante às comunicações comerciais audiovisuais virtuais, se apenas os consumidores devem ser informados da sua inserção nos programas em que ocorrem e já não outros espectadores que não se possam qualificar juridicamente como consumidores. Ou o porquê de ter de haver informação aos destinatários da publicidade televisiva e televenda – o que, por remissão implícita para o Código da Publicidade, abarca “a pessoa singular ou coletiva a quem a mensagem publicitária se dirige ou que por ela, de qualquer forma, seja atingida”<sup>843</sup> – mas para a telepromoção essa identificação se destina ao espectador, uma noção mais passiva e com menor conexão à atividade publicitária. Até se poderia considerar que a divergência terminológica se deveria ao facto de que a publicidade televisiva e a televenda são em regra inseridas nos intervalos, enquanto a telepromoção é inserida numa no decurso da interrupção cénica durante o programa, no entanto a possibilidade de a publicidade televisiva ser emitida em ecrã fracionado e, logo, no decurso de um programa inviabiliza, em nosso entender, essa interpretação.

Outra retificação premente e exemplo de uma deficiente legística é a situação que permanece à data de hoje quanto aos conteúdos suscetíveis de *inflúem de modo negativo na formação da personalidade de crianças e adolescentes*. Na versão da lei da televisão e dos serviços audiovisuais a pedido vigente até fevereiro de 2021, constava que “a emissão televisiva de quaisquer outros programas suscetíveis de influírem de modo negativo na formação da personalidade de crianças e adolescentes deve ser acompanhada da difusão permanente de um identificativo visual apropriado e só pode ter lugar entre as 22 horas e 30 minutos e as 6 horas”<sup>844</sup>. A alteração legislativa operada pela Lei n.º 74/2020, de 19 de novembro, manteve este número (n.º 4), mas alterou o seguinte (n.º 5) onde agora se determina que “a emissão televisiva de quaisquer outros programas suscetíveis de influírem de modo negativo na formação da personalidade

---

<sup>843</sup> Cf. artigo 5.º n.º 1 d) CPub.

<sup>844</sup> Cf. artigo 27.º n.º 4 LT, na versão vigente entre 2007 e 2021.



de crianças e jovens deve ser acompanhada da difusão permanente de um identificativo visual apropriado e só pode ter lugar entre as 24 horas e as 6 horas”. A lei já foi objeto de uma retificação em janeiro de 2021<sup>845</sup>, que incidiu sobre este mesmo artigo, mas sem que aquela incorreção tivesse sido corrigida. Coexistem, portanto, dois normativos que se contradizem nos seus termos quanto ao horário a partir do qual podem ser transmitidos programas com potencial influência negativa para crianças e adolescentes, 22h30 ou 24h00. Este condicionamento abrange todos os elementos de programação (incluindo as comunicações comerciais audiovisuais e autopromoção) e os serviços de teletexto, guias eletrónicos de programação e interfaces de acesso aos conteúdos.<sup>846</sup>

Já quanto aos serviços de plataformas de partilha de vídeo, agora incluídas na lei da televisão e dos serviços audiovisuais, o novo artigo 69.º-B LT, com a epígrafe “proteção dos consumidores” determina que os fornecedores de plataformas de partilha de vídeos devem assegurar que as comunicações comerciais audiovisuais “não constituam violação do disposto nos n.ºs 1, 2, 5 e 6 do artigo 27.º”. Remete assim, simultaneamente, para o normativo relativo às emissões televisivas (n.º 5), que impõe o identificativo visual permanente e o horário 24h00-06h00, e para o normativo relativo aos serviços audiovisuais a pedido (n.º 6), que impõe o identificativo visual permanente e as funcionalidades técnicas para os titulares das responsabilidades parentais poderem vedar a crianças e jovens o acesso a esses conteúdos. Como a definição de um intervalo horário não será compatível com as redes de comunicações eletrónicas através das quais são difundidos os serviços de plataformas de partilha de vídeo, assumimos que se trata de mais um lapso do legislador, cuja retificação se impõe.

---

<sup>845</sup> Cf. Declaração de Retificação n.º 2-A/2021, de 18 de janeiro.

<sup>846</sup> Cf. artigo 27.º n.º 9 LT. Na anterior versão do diploma constava similar disposição no n.º 7 do mesmo artigo.

*De iure constituendo* reunimos aqui a súmula dos principais tópicos que, ao longo da nossa investigação, propusemos incorporar ou modificar no ordenamento jurídico nacional:

1. Introdução na lei de defesa do consumidor de uma definição de “consumidor vulnerável” e critérios para a sua concretização;
2. Extensão do conceito de consumidor a quem, sem celebrar um contrato de consumo, seja exposto a práticas comerciais, incluindo a publicidade;
3. Correção, na transposição da nova diretiva relativa a certos aspetos dos contratos de compra e venda de bens, da definição de “garantia legal”, desajustada do seu propósito e disciplina jurídica;
4. Definição de patamares etários de tutela do consumidor menor (criança ou adolescente) e uniformização ao nível das restrições à publicidade;
5. Regulamentação específica de certos objetos, conteúdos e suportes publicitários, como sejam os brinquedos, aplicações móveis, jogos *online* e redes sociais;
6. Consagração expressa das publicações dos “influenciadores digitais” com conteúdo comercial como publicidade e da sua responsabilidade civil solidária com os demais sujeitos da atividade publicitária;
7. Reconhecimento dos direitos dos consumidores como finalidade, obrigação e limite da atividade de comunicação social em geral e não apenas nos serviços de televisão, audiovisuais a pedido e plataformas de partilha de vídeos;
8. Transposição da Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual de forma mais sistemática e integrada com os regimes jurídicos pré-existentes, por forma a evitar inconsistências e redundâncias;
9. Uniformização do beneficiário da obrigação de identificabilidade das diferentes formas de comunicação comercial audiovisual;
10. Inclusão, no regime da comunicação comercial audiovisual e no tocante à tutela do menor, de disposições relativas aos intervalos e programas

destinados a adultos, repetição de mensagens publicitárias e programas juvenis;

11. Correção do horário para emissão televisiva de programas suscetíveis de influírem de modo negativo na formação da personalidade de crianças e jovens;
12. Abordagem integrada da proteção do menor em ambiente digital, por forma a superar a dispersão regulatória;
13. Articulação do regime do consentimento para o tratamento de dados pessoais dos menores com as disposições de direito contratual relativas à celebração de negócios jurídicos, utilização de cláusulas contratuais gerais e exercício do direito de livre resolução;
14. Definição de mecanismos técnico-jurídicos de verificação de idade e prestação de consentimento no âmbito dos serviços da sociedade de informação;
15. Implementação de um sistema mais coerente e eficaz de consentimento para a utilização de testemunhos de conexão, em particular os *cookies* com finalidades publicitárias, por forma a garantir a escolha ativa e real do consumidor.

Cientes de que a curto prazo não é simples a implementação de todas estas medidas nem a integração de todos os aspetos que abordamos num estatuto único, dedicaremos o último capítulo à autorregulação, cujos contributos serão considerados numa perspetiva de complementaridade.

## **CONCLUSÕES (CAPÍTULO IV)**

- i) Numa análise crítica do sistema vigente, assinalam-se alguns paradigmas e paradoxos da informação aos consumidores, que resultam do confronto entre os motes das políticas europeias e a realidade dos consumidores europeus. A primeira dessas discrepâncias resulta de se equiparar prestação de informações com proteção do consumidor. Se é certo que a informação é crucial na tutela consumerista, a simples prestação de informações desacompanhada de mecanismos de cognoscibilidade da mesma é ineficaz na superação da vulnerabilidade do consumidor, que, embora o seja também ao nível informativo, não o é em exclusivo. A harmonização europeia em matéria de defesa do consumidor tem sido operacionalizada através de extensas listas de informações pré-contratuais que lhe devem ser facultadas. Na realidade, o excesso de informação contribui para a desinformação do consumidor, incapaz de a assimilar quantitativa e qualitativamente, e para a “desresponsabilização” dos profissionais pelo efetivo cumprimento do dever de informação, que vai muito além da simples disponibilização da informação, exigindo a sua adequação e aclaração no caso concreto.
- ii) No que respeita às práticas comerciais desleais (incluindo a publicidade enganosa e agressiva), o critério de aferição da deslealdade da prática é o consumidor médio, tido como razoavelmente atento e advertido. Para além das dificuldades de concretização prática do conceito, ele desprotege precisamente os consumidores com menor grau de instrução e preparação, mais permeáveis às práticas comerciais desleais e logo mais carecidos de proteção. À ficção do consumidor médio está subjacente uma “transferência de responsabilidade” para o consumidor, que ao invés de um direito a ser informado, parece ser obrigação de se informar, o que resulta num efeito inverso ao supostamente pretendido pelos instrumentos comunitários.

- iii) A harmonização máxima ou plena que caracteriza a mais recente abordagem europeia não põe em prática a divisa de uma União na diversidade, na medida em que faz tábua rasa das diferenças entre Estados-Membros e, dada a dificuldade de consensos, nivela pelo mínimo denominador comum, em vez do “elevado nível de proteção” imposto pelos Tratados. Nos países com políticas mais consolidadas, tal pode significar um retrocesso do nível de proteção já alcançado. Por outro lado, são inconsistentes com esta pretendida harmonização plena as disparidades entre Estados-Membros no que se refere à transposição das diretivas (principalmente quando efetuada de forma deficiente) e ao sistema de fiscalização e sancionatório.
- iv) É necessária uma regulamentação específica da publicidade infantojuvenil, pois a proteção dos direitos sociais à infância e à juventude não é suficientemente acautelada pelos regimes jurídicos aplicáveis à publicidade ou às relações de consumo em geral. No debate sobre a permissão, restrição ou proibição da publicidade dirigida a menores, defendemos a restrição, porquanto se impõe a conciliação entre uma atividade económica lícita e economicamente relevante e os direitos de personalidade física e moral dos menores destinatários dessa publicidade.
- v) Os meios de comunicação social, de modo particular, os operadores de rádio e televisão, devem observar uma ética de antena que assegure o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes, o que inclui todos os elementos da programação, incluindo a publicidade. Como suportes publicitários, estão vinculados aos normativos que acautelam os menores como destinatários ou intervenientes nas mensagens publicitárias. O ambiente digital, contudo, é heterogéneo e o direito a constituir terá de incorporar as suas especificidades.
- vi) A publicidade comportamental *online* implica a monitorização dos utilizadores da internet, através de testemunhos de conexão (*cookies*) que possibilitam a criação de perfis e a apresentação de anúncios publicitários

ajustados aos seus interesses. Quer nos *cookies* originais, quer nos de terceiros que os meios de comunicação social incluem nos seus sítios, a título de suporte publicitário, está em causa a “autodeterminação informacional” dos consumidores e a exploração comercial que possa, sem consentimento do titular, ser feita dos dados pessoais assim recolhidos. A responsabilidade dos *media* passa pelo cumprimento dos requisitos legais para a recolha e utilização dos dados pessoais dos *e-consumidores*, como sejam garantir o consentimento prévio (*opt-in*) e informado dos titulares dos dados, com base em informações claras e completas quanto aos objetivos do processamento dos dados de navegação.

- vii) Outro aspeto marcante é o recurso dos anunciantes a figuras públicas ou reconhecidas que participam na difusão de mensagens publicitárias, tais como os apresentadores de programas de rádio e televisão ou os designados “influenciadores digitais”. Formalmente, na medida em que os conteúdos veiculados por estes influenciadores constituam conteúdos comerciais, devem estar identificados enquanto tal. Além disso, as celebridades que participam na difusão de mensagens publicitárias e assumem perante o consumidor uma “condição de garante” do produto ou serviço publicitado devem, como intervenientes na emissão da mensagem, ser responsabilizados em caso de publicidade ilícita ou desleal. Quando a intervenção seja por associação da sua voz ou imagem a uma determinada comunicação comercial, só será responsável em casos extremos de ofensa a valores essenciais (como discurso de ódio, por exemplo) ou associação incompatível entre o influenciador e o produto ou serviço por ele publicitado. Já na publicidade testemunhal, quando o influenciador depõe sobre a sua experiência sobre o produto ou serviço referenciado e na medida do dever jurídico de prestar o seu testemunho com veracidade, o influenciador é solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas.

- viii) O ambiente digital, pela bidirecionalidade da comunicação comercial, é propício à emergência dos prosumidores, simultaneamente consumidores e produtores de informação. A interação com os profissionais e os pares, através da partilha de mensagens relacionadas com determinados produtos ou serviços, geralmente sob a forma de avaliações ou recomendações (*reviews*), consolida a fidelização dos menores às marcas. Além disso, quando abusivamente aproveitada pelos anunciantes, favorece a indução em erro de outros consumidores e dificulta a imputação de responsabilidades.
- ix) Muitos dos serviços digitais prestados a menores de forma aparentemente gratuita têm subjacente um modelo de negócio baseado na publicidade e no tratamento de dados pessoais dos utilizadores, que os fornecem em troca da possibilidade de utilizarem uma rede social, aplicação, jogo ou outro conteúdo. Apesar de expressamente prevista na nova regulamentação europeia em matéria de contratos de venda de bens e conteúdos digitais, a possibilidade de o consumidor facultar dados ao profissional em vez de pagar um preço levanta ainda questões quanto à transparência das condições contratuais, valor dos dados pessoais para efeitos da obrigação de restituição em caso de rescisão contratual e consequências contratuais do exercício pelo consumidor do seu direito ao apagamento dos dados e retirada do consentimento.
- x) Os *advergames* esbatem a fronteira entre a publicidade e o entretenimento, o que implica riscos para os públicos mais jovens, incapazes de distinguir entre conteúdos comerciais e não-comerciais e mais sujeitos a manipulação emocional e exposição a publicidade subliminar.
- xi) Nos regimes jurídicos dos meios de comunicação social, a ausência da figura dos consumidores foi parcialmente colmatada com a recente transposição de uma Diretiva respeitante à oferta de serviços de comunicação social audiovisual e a inclusão da proteção dos consumidores nos fins da atividade da televisão. Impõe-se, no entanto, o compromisso



com os direitos dos consumidores por si como finalidade, obrigação e limite da atividade da comunicação social em geral. No que se refere à comunicação comercial audiovisual, é imperativa a uniformização do sujeito destinatário da obrigação, pelos operadores, de identificabilidade da publicidade, bem como a clarificação das limitações à liberdade de programação e a correção de algumas inconsistências motivadas por uma deficiente transposição da Diretiva.

- xii) No tocante ao direito à informação, na sua definição na lei de defesa do consumidor, é exígua a responsabilidade dos meios de comunicação social apenas ao nível da informação em geral, devendo os mesmos, quando sejam suportes publicitários, ser incluídos no direito à informação em particular, como os profissionais e os do ciclo produção-consumo, *mutatis mutandi*.
- xiii) Em matéria de publicidade infantojuvenil, o regime vigente é manifestamente insuficiente. Em primeiro lugar, importa diferenciar níveis etários, atendendo à maturidade e inerente impacto da comunicação comercial. A publicidade dirigida a menores deve ser proibida até aos 12 anos e restringida nas idades subsequentes, mas de forma mais coerente e sistematizada, acolhendo ainda as especificidades do ambiente digital.
- xiv) As restrições atuais à publicidade infantojuvenil audiovisual limitam-se genericamente aos programas infantis, descurando uma reflexão mais alargada no tocante à publicidade direcionada ou que atinge menores, nomeadamente a publicidade integrada nos conteúdos de programação destinados ao público adulto (que os menores visualizam, sobretudo nas famílias com menor acompanhamento parental), nos intervalos e nos programas juvenis. Outra medida legislativa a implementar, por forma a diminuir o impacto da pressão publicitária, será a proibição de repetição de anúncios num mesmo intervalo publicitário. Impõe-se ainda uma regulamentação específica mais minuciosa para determinados objetos

(como brinquedos, concursos e conteúdos digitais) e suportes (como videojogos e redes sociais) da publicidade infantojuvenil.

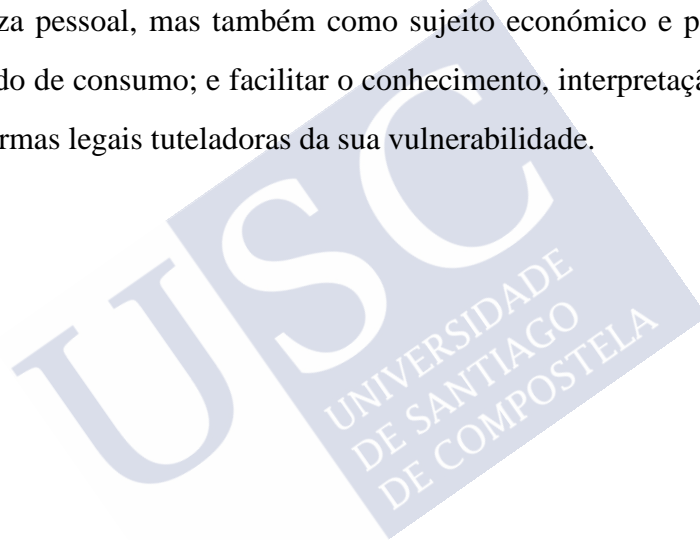
- xv) A responsabilidade contraordenacional dos meios de comunicação social nos domínios da presente investigação é inadequada, já que o pagamento de coimas não é dissuasor por comparação com as receitas publicitárias obtidas com a difusão das mensagens publicitárias ilícitas. Por outro lado, a suspensão ou cessação de campanhas publicitárias não surte efeito junto do público, que não associa o facto a nenhuma sanção, permanecendo uma sensação de impunidade. Propomos assim o incremento dos mecanismos de responsabilização pública, como a publicidade da sanção, a publicidade corretiva e, em casos extremos, a suspensão da programação do operador infrator.
- xvi) O sistema de defesa e fiscalização dos direitos dos consumidores apresenta várias fragilidades, desde logo pela dispersão que o caracteriza em termos de estruturas, competências tendencialmente sobrepostas e interação com entidades reguladoras e fiscalizadoras, o que resulta, para o consumidor, numa indefinição sobre a quem recorrer para salvaguarda dos seus direitos. É patente a falta de fervor do sistema de defesa do consumidor, evidenciada pelo desconhecimento dos consumidores, a discreta atuação das entidades administrativas competentes, a falta de recursos humanos e materiais para as ações de sensibilização e fiscalização necessárias, e a falta de prioridade que a política de defesa dos consumidores tem merecido dos sucessivos Governos. É manifesta a inércia e desorganização dos consumidores na reclamação e no acionamento dos mecanismos de resolução de conflitos, motivada por descrença na justiça ou receio dos custos económicos, temporais e psicológicos inerentes à tutela individual ou coletiva.
- xvii) Em Portugal, muitas das problemáticas abordadas na nossa investigação não resultam do enquadramento legislativo, mas sim do desrespeito pelas regras vigentes e da falta de fiscalização das entidades competentes. Dimensões

essas que dependem, intrinsecamente, do sistema cultural. Urge, pois, enraizar a defesa do consumidor, quer ao nível da responsabilidade ética e social das empresas e profissionais, quer ao nível da consciencialização individual e coletiva dos consumidores.

- xviii) Os desafios à tutela dos consumidores em geral e dos menores em particular, numa economia e sociedade mediatizadas, colocam-se a três níveis (e utilizando a terminologia europeia contemporânea): *empowerment* (capacitação dos consumidores através de informação e formação que lhes garantam escolhas livres e esclarecidas), *enforcement* (aplicação efetiva das medidas legais para a sua proteção) e *redress* (reparação dos danos causados aos consumidores através das vias de reclamação e recurso adequadas).
- xix) Com a perspetiva de direito comparado com outros ordenamentos jurídicos, defendemos um estatuto jurídico integrado do menor consumidor, com reunião dos regimes jurídicos relacionados com as práticas comerciais direcionadas a crianças e jovens e a consideração da sua vulnerabilidade, designadamente em matéria de publicidade e proteção dos seus dados pessoais face a aproveitamentos comerciais.
- xx) Ao invés de referências sucintas, dispersas e pouco concretizadas nos regimes jurídicos de defesa do consumidor e dos meios de comunicação social, advogamos o protagonismo do menor como sujeito económico autónomo e merecedor de uma dupla tutela enquanto criança (ser) e adulto em formação (devir).
- xxi) A tutela da infância é uma responsabilidade partilhada entre família, escola, sociedade e Estado. Reconhecemos o papel primordial do sistema educativo e dos titulares das responsabilidades parentais na orientação das escolhas dos menores, mas igualmente o dever subsidiário do Estado, instando a uma mais eficaz atuação dos poderes públicos na salvaguarda do desenvolvimento das crianças e jovens. Nesta teia global, os meios de

comunicação social representam um elemento essencial de promoção e proteção dos seus públicos mais vulneráveis.

- xxii) A opção pela sistematização das normas de tutela do consumidor menor e sua agregação num estatuto único permitiria, na nossa perspetiva, alcançar os seguintes objetivos: dignificar a pessoa do menor e fomentar a responsabilidade coletiva no seu desenvolvimento integral; consolidar a afirmação do menor como sujeito autónomo com plenos direitos de cidadania, independentemente das responsabilidades parentais a ele relativas; reconhecer o menor como sujeito global de direitos, não só de natureza pessoal, mas também como sujeito económico e participante no mercado de consumo; e facilitar o conhecimento, interpretação e aplicação das normas legais tuteladoras da sua vulnerabilidade.



## CAPÍTULO V: AUTORREGULAÇÃO

### 1. MÉRITOS DOS CÓDIGOS DE CONDUTA E OUTROS INSTRUMENTOS SIMILARES

Quando falamos em regulação em matéria de defesa do consumidor e dos menores, assume especial pertinência a questão da autorregulação, assim designada por contraponto à heterorregulação. A heterorregulação refere-se à regulação externa, estadual, através de medidas legislativas e administrativas coercíveis, sendo por isso também denominada como “*hard law*”. Já a autorregulação é uma regulação interna, do setor de atividade a que respeita, operada pelos próprios agentes de mercado, uma regulação mais suave e, nessa medida, amiúde referenciada como “*soft law*”, não obstante a aparente contradição nos próprios termos.

Apesar de referenciada em praticamente todos os instrumentos comunitários conexos com a nossa investigação, a *soft law* continua a ser encarada como uma categoria imprecisa<sup>847</sup>, ambígua<sup>848</sup> e paradoxal<sup>849</sup>. Como reflete Ana Efigénia,

“Definir *soft law* não tem sido uma tarefa fácil para a doutrina, porque a própria expressão *soft law* encerra um paradoxo. Tal paradoxo advém do fato de que direito representa, em grandes linhas, algo obrigatório, capaz de impor sanção, preciso, *hard* e, assim, oposto a algo não obrigatório, genérico, flexível, *soft*. Logo, pergunta-se se o adjetivo *soft*, utilizado para qualificar o direito, indicia que este novo instrumento difere do direito na sua aceção usual (*hard law*) constituindo-se, assim, num direito diferenciado, ou se o uso do termo *soft* se refere a algo que não

---

<sup>847</sup> Cf. JOÃO VIEIRA DOS SANTOS, *Soft Law e boa governança no mercado das criptomoedas*, 2018, p. 193.

<sup>848</sup> Cf. MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA INÊS GAMEIRO, *Hard Law, Soft Law and Self-regulation: Seeking Better Governance for Science and Technology in the EU*, 2011, p. 5.

<sup>849</sup> Cf. ANA SÍLVIA FALCÃO MESTRE EFIGÉNIA, *O princípio “comply or explain” e a “Soft law”*, 2015, p. 6.

seja direito. Admitindo a *soft law* como direito, este deve ser identificado como diferente, pois não será obrigatório, será um direito com normas relativizadas.”<sup>850</sup>

Em termos latos “a noção de *soft law* cobre um conjunto diversificado de instrumentos normativos com graus variáveis de autoridade e influência”<sup>851</sup> ao integrar tipologias diversificadas (tais como recomendações, linhas orientadoras, diretrizes, comunicações, etc.), emanados de distintas entidades (reguladoras, profissionais ou privadas), e cuja “força” depende muitas vezes do contexto e função desses instrumentos.<sup>852</sup> Em comum, a maioria tem uma natureza não-vinculativa, no sentido de ausência de coercibilidade, mas não estão despidos de relevo jurídico<sup>853</sup> e importância prática.

A autorregulação reflete “uma forma coletiva e não estadual”<sup>854</sup> de regulação, consistindo tipicamente em códigos de conduta, guias de boas práticas e princípios éticos, que os próprios regulados definem e se comprometem a respeitar e aplicar. “Os regulados tornam-se, assim, reguladores”.<sup>855</sup> André Saddy desenvolve os elementos e características essenciais da conceção de tais códigos, a saber: o facto de serem instrumentos de exteriorização de determinados comportamentos, o carácter vinculante, a livre manifestação de vontade, a

---

<sup>850</sup> Cf. ANA SÍLVIA FALCÃO MESTRE EFIGÉIA, *O princípio “comply or explain” e a “Soft law”*, 2015, p. 6.

<sup>851</sup> Tradução nossa. No original: “the notion of soft law covers a diverse set of normative instruments with varying degrees of authority and influence” - Cf. MARIA EDUARDA GONÇALVES E MARIA INÊS GAMEIRO, *Hard Law, Soft Law and Self-regulation: Seeking Better Governance for Science and Technology in the EU*, 2011, p. 7.

<sup>852</sup> Quanto ao lugar dos instrumentos de autorregulação nas fontes de Direito, María Paz García Rubio aborda a questão perante os paradigmas positivista e postpositivista, sendo que no primeiro o Direito é expressão de uma racionalidade formal e hierárquica, enquanto o segundo assenta mais em critérios materiais e de coerência valorativa e propósito prático destas normas no sistema - Cf. MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO, *Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho*, 2012.

<sup>853</sup> Cf. JOÃO VIEIRA DOS SANTOS, *Soft Law e boa governança no mercado das criptomoedas*, 2018, p. 192.

<sup>854</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 27.

<sup>855</sup> Cf. JOÃO VIEIRA DOS SANTOS, *Soft Law e boa governança no mercado das criptomoedas*, 2018, p. 195.

participação e acordo entre todas as partes, a aprovação ou reconhecimento pelo poder público (na vertente de correção), o bem maior visado, a concessão de um selo, símbolo ou distintivo de qualidade ou de confiança, um organismo de controle independente e imparcial, a capacidade sancionadora ou repressora e, por último, os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos.<sup>856</sup> Como sintetiza João Vieira dos Santos, a autorregulação inclui três componentes: autorregulamentação, auto-execução e auto-disciplina.<sup>857</sup>

Antes de procedermos à descrição dos instrumentos de autorregulação relevantes no domínio da presente investigação e sua adequação às novas realidades comunicacionais, cumpre apontar os méritos desta forma de regulação, que justificam que sejam cada vez mais incentivados pelas próprias instâncias de regulação, mas também as suas desvantagens, que legitimam as críticas e preocupações quanto à sua suficiência e eficácia.

Uma das valias da autorregulação é o seu *caracter voluntário*, na medida em que “os protagonistas de um setor estabelecem um sistema de normas próprias para reger sua atividade”<sup>858</sup>. Esta “implicação voluntária dos envolvidos”<sup>859</sup> potencia o compromisso dos agentes de mercado<sup>860</sup>, já que estão a aderir voluntariamente a um conjunto de diretrizes definidas pelos seus pares ou em cuja estruturação participaram diretamente, em vez de lhes ser imposta uma medida legislativa ou administrativa por uma entidade externa dotada de prerrogativas

---

<sup>856</sup> Cf. ANDRÉ SADDY, *Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas*, 2015, p. 127-144.

<sup>857</sup> Cf. JOÃO VIEIRA DOS SANTOS, *Soft Law e boa governança no mercado das criptomoedas*, 2018, p. 196.

<sup>858</sup> Tradução nossa. No original: “... protagonists of a sector establish a system of norms specifically for themselves so as to govern their activity” - Cf. MERCEDES MUÑOZ SALDAÑA E VICTORINO GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *The Importance of Self-regulation and Co-regulation in the New Digital Audiovisual Market*, 2015, p. 107.

<sup>859</sup> Cf. ANA DUARTE-MELO, *Autorregulação publicitária em Portugal: os interesses da indústria e dos consumidores em convergência?*, 2019, p. 134.

<sup>860</sup> Cf. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA E ALEXANDRE SANTOS, *A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 288.



sancionatórias. As medidas de autorregulação pressupõem assim “sistemas internos de controlo eficaz”<sup>861</sup> para garantir o seu acatamento e a cuja eficácia nos referiremos.

Conexa com esta, encontramos a *especialidade e flexibilidade*. A legislação, pelo seu carácter geral e abstrato, nem sempre acolhe as especificidades dos diferentes setores de atividade, enquanto os instrumentos de autorregulação, pela sua génese interna, refletem as suas peculiaridades, beneficiam da “experiência coletiva da indústria”<sup>862</sup> e funcionam assim como “garantia de credibilidade num contexto de privatização da atividade normativa e sancionatória”<sup>863</sup>. Por outro lado, o *iter* legislativo é moroso, sobretudo em áreas fortemente conformadas por diretivas da União Europeia, onde ao procedimento legislativo, já de si complexo, se aliam prazos de transposição alargados. Já por via da autorregulação é possível definir soluções mais dinâmicas e mais facilmente ajustáveis às alterações do setor que se pretende regular. Trata-se no fundo de “sistemas informais de pautas de comportamento”<sup>864</sup> e essa maior informalidade é naturalmente propícia a mecanismos menos rígidos de modificação quando haja alteração das circunstâncias a regular. Em suma, “a autorregulação acompanha mais rapidamente a evolução social do que a lei”<sup>865</sup>.

No setor audiovisual, Muñoz Saldaña e Gómez-Iglesias Rosón justificam o recurso à autorregulação pelas peculiaridades daquele mercado, que exige que se compatibilizem os aspetos económicos com as exigências de serviço público que estes serviços revestem, bem como a necessidade de garantir que a regulamentação

---

<sup>861</sup> Tradução nossa. No original: “(...) suponen sistemas internos de control eficaz”. A autora referia-se concretamente à autorregulação em matéria de proteção de dados pessoais - Cf. ROSA MARÍA GARCÍA PÉREZ, *La protección de datos de carácter personal del consumidor en el mercado único digital*, 2016, p. 218.

<sup>862</sup> Tradução nossa. No original: “the industry's collective expertise” - Cf. ANGELA J. CAMPBELL, *Self-Regulation and the Media*, 1999, p. 716.

<sup>863</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 28.

<sup>864</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 27.

<sup>865</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional?*, 2012, p. 234.

é capaz de se adaptar às constantes mudanças tecnológicas do setor.<sup>866</sup> Também Ana Clara Azevedo de Amorim alude ao relevo dos Códigos de Conduta em “setores caracterizados pela inovação constante, pela complexidade crescente e pela mutação das relações e das técnicas de comercialização”.<sup>867</sup>

Já no setor da proteção das crianças *online*, Milda Macenaite, apesar de crítica das iniciativas de autorregulação europeias, reconhece a “competência sócio-tecnológica especializada da indústria”<sup>868</sup> como uma das óbvias vantagens da autorregulação, a par da inovação, velocidade de reação e redução de custos públicos. E também o legislador europeu, no Regulamento Geral sobre Proteção de Dados, considera as “características específicas do tratamento efetuado em determinados setores e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas”.<sup>869</sup>

Uma outra justificação para o recurso à autorregulação é a *complementaridade e simplificação*, na medida em que os instrumentos de autorregulação possibilitam uma melhor compreensão do quadro legal. Muñoz Saldaña e Gómez-Iglesias Rosón apontam a necessidade destes instrumentos que “ampliando e especificando o que é demarcado pela regulamentação, transcendem o quadro jurídico e são capazes de responder às necessidades da sociedade, indústria e poderes políticos de forma flexível e prática”<sup>870</sup> e salientam precisamente a proteção dos direitos dos menores na programação e na publicidade como um dos objetivos em que os instrumentos de autorregulação podem contribuir para a

---

<sup>866</sup> Cf. MERCEDES MUÑOZ SALDAÑA E VICTORINO GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *The Importance of Self-regulation and Co-regulation in the New Digital Audiovisual Market*, 2015, p. 103-104.

<sup>867</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 27.

<sup>868</sup> Tradução nossa. No original: “... the socio-technological expertise of the industry...” - Cf. MILDA MACENAITE, *Protecting children's privacy online: a critical look to four European self-regulatory initiatives*, 2016, p. 2.

<sup>869</sup> Cf. Considerando 98 do RGPD.

<sup>870</sup> Tradução nossa. No original: “... instruments which, broadening and specifying that which is marked by the regulation, transcend from the standard legal framework and are capable of responding to the needs of society, industry and political powers in a way that is flexible and practical...” - Cf. MERCEDES MUÑOZ SALDAÑA E VICTORINO GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *The Importance of Self-regulation and Co-regulation in the New Digital Audiovisual Market*, 2015, p. 102.

efetivação da lei. Os autores não deixam de salientar que esta simplificação não significa desregulação, mas sim uma forma de auxiliar os cidadãos e operadores económicos a melhor compreenderem essa mesma regulação.

Os Códigos de Conduta são igualmente apontados como elemento de *uniformidade*. Guido Alpa realça a relevância da autodisciplina não só na elaboração de normas uniformes de comportamento leal e equilíbrio concorrencial, mas igualmente na eliminação de mensagens potencialmente lesivas para os consumidores.<sup>871</sup> No plano das redes sociais, Ana Fazendeiro, apesar de considerar que, nas áreas mais sensíveis, “apenas a heterorregulação poderá prevenir e punir com eficácia as práticas ilícitas praticadas nas e através das redes sociais”<sup>872</sup>, reconhece a importância da adoção de códigos de conduta como forma de uniformizar a atuação dos diferentes atores e, assim, contribuir para a diminuição daquelas práticas ilícitas. E essa uniformidade não existe apenas no plano interno, mas também a nível transestadual e global, onde a autorregulação permite soluções separadas “dos complexos dilemas da *hard law* relacionados com a internet, como a jurisdição, lei aplicável e efetiva aplicação transfronteiriça da legislação”.<sup>873</sup>

Por último, destacamos a *celeridade*<sup>874</sup> e *eficácia* das decisões. Desde logo porque com o recurso à autorregulação se evita um processo administrativo ou judicial, com os tempos, custos e exposição inerentes. A autorregulação “permite soluções eficazes e mais discretas do que uma denúncia perante as autoridades administrativas competentes”<sup>875</sup>. Para as empresas, tal funciona como um incentivo à conformidade e, para o Estado, representará menores custos, na medida em que,

---

<sup>871</sup> Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 114.

<sup>872</sup> Cf. ANA FAZENDEIRO, “Redes sociais”, *espaço à margem da lei?*, 2013, p. 110.

<sup>873</sup> Tradução nossa. No original: “Self-regulation allows for detaching these solutions from the complex hard law Internet-related dilemmas of jurisdiction, applicable law and effective cross-border enforcement of legislation” - Cf. MILDA MACENAITE, *Protecting children's privacy online: a critical look to four European self-regulatory initiatives*, 2016, p.4. No mesmo sentido, Cf. SUSANA ALMEIDA, *A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet*, 2014, p. 166.

<sup>874</sup> De acordo com os dados disponibilizados pela European Advertising Standards Alliance (EASA), em 2018, 80% das queixas tiveram um tempo de resolução inferior a 1 mês.

<sup>875</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional?*, 2012, p. 239.

sendo o sistema de autorregulação financiado pela própria indústria, para ela se transferem os custos do sistema.

## **2. DESVANTAGENS DA AUTORREGULAÇÃO**

Embora consistindo simultaneamente um dos seus méritos, uma primeira fraqueza da autorregulação é precisamente a sua *voluntariedade*, já que as empresas menos escrupulosas ou profissionalmente menos diligentes provavelmente não irão aderir a compromissos ou códigos de autorregulação. E se, aliada à adesão em si, as sanções forem ineficazes, como salienta Angela Julia Campbell, “os ‘maus atores’ dificilmente cumprirão, e os ‘bons atores’ que o fizerem ficarão em desvantagem competitiva”.<sup>876</sup>

Outra das críticas recorrentes é a de a autorregulação favorece o *corporativismo*, na medida em que, contrariamente à heterorregulação, reguladores e regulados são partes interessadas da mesma realidade ou setor. Sendo eminentemente privada, alguns autores suscitam preocupações como a legitimidade, falta de transparência e *accountability* desta forma de regulação<sup>877</sup>, enquanto outros assumem precisamente a “fraqueza da indústria em controlar adequadamente a conduta de seus membros”<sup>878</sup>, a “tentação de almejar apenas o benefício de quem a promove”<sup>879</sup> e a perceção da autorregulação como “self-service

---

<sup>876</sup> Tradução nossa. No original: “Without adequate incentives to comply, “bad actors” will be unlikely to comply, and the “good actors” that do comply will be placed at a competitive disadvantage” - Cf. ANGELA J. CAMPBELL, *Self-Regulation and the Media*, 1999, p. 718.

<sup>877</sup> Cf. ANGELA J. CAMPBELL, *Self-Regulation and the Media*, 1999, p. 717.

<sup>878</sup> No caso, referindo-se à indústria da publicidade. Tradução nossa. No original: “industry’s weakness in adequately control its members’ conduct” - Cf. SANDY BULMER E LYNNE EAGLE, *Perspectives From New Zealand On Advertising Self Regulation And Marketing Food To Children*, 2005, p. 13.

<sup>879</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional?*, 2012, p. 234.

da indústria, com os interesses públicos a serem negligenciados face aos interesses privados”<sup>880</sup>. Há inclusivamente exemplos de códigos de conduta desenvolvidos em resposta a críticas ou publicidade negativa a determinadas empresas ou setores<sup>881</sup>, com a autorregulação a ser usada como forma de melhorar a imagem da indústria junto do público consumidor. O facto de a indústria definir as próprias “regras do jogo”<sup>882</sup> por forma a evitar interferências externas lança inevitavelmente uma desconfiança sobre a autorregulação. Ademais, a possibilidade de confusão entre metas de regulação e metas de negócio torna os organismos de autorregulação mais permeáveis a grupos de pressão e a práticas anti concorrenciais.<sup>883</sup> Numa perspetiva mais positiva, Ana Clara Azevedo de Amorim considera que todos estes riscos são contrariados pela “autoridade social” dos organismos de resolução de litígios, bem como pela componente de ética e responsabilidade social dos sistemas de autodisciplina, que permitem alcançar o equilíbrio entre interesses de profissionais, consumidores, mercado e sociedade.<sup>884</sup>

Igualmente determinante é a ausência ou insuficiência da *componente punitiva* para a violação dos códigos de conduta, quer na fiscalização quer por “não apresentar sanções materialmente coercíveis”.<sup>885</sup> No limite, um incumpridor pode ser banido da associação promotora da autorregulação ou impedido de utilizar um qualquer sinal distintivo da conformidade (um selo de confiança, por exemplo). Mas muitos dos instrumentos de autorregulação limitam-se a enunciar um conjunto de princípios ou diretrizes, sem definirem qualquer consequência para a sua inobservância. E mesmo quando a decisão da autoridade de autorregulação é a de

---

<sup>880</sup> Tradução nossa. No original: “self-service by the industry, with public interests being neglected vis-à-vis private interests” - Cf. MICHAEL LATZER, FLORIAN SAURWEIN E PETER SLOMINSKI, *Regulation Remixed: Institutional Change through Self and Co-Regulation in the Mediamatics Sector*, 2003, p. 146

<sup>881</sup> Cf. ELIZABETH TAYLOR QUILLIAM [et al.], *The Impetus for (and Limited Power of) Self-Regulation - The Example of Advergaming*, 2011, p. 226-230.

<sup>882</sup> Tradução nossa. No original: “regole di gioco” - Cf. GUIDO ALPA, *Il diritto dei consumatori*, 1999, p. 98.

<sup>883</sup> Cf. ANGELA J. CAMPBELL, *Self-Regulation and the Media*, 1999, p. 717.

<sup>884</sup> Cf. ANA CLARA AZEVEDO DE AMORIM, *Manual de Direito da Publicidade*, 2018, p. 246.

<sup>885</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet*, 2014, p. 166.

suspensão ou cessação de determinadas práticas, tal não é acompanhado da percepção pública de um qualquer comportamento censurável. Um exemplo paradigmático é o de um anúncio publicitário que a entidade de autorregulação considera não observar o código de conduta aplicável e, conseqüentemente, ordena a sua modificação ou cessação. Ao deixar de ser veiculado, o público associará ao término da campanha e não a uma censura por práticas desonestas, abusivas ou irresponsáveis.

Penalizações porventura mais persuasoras seriam, como sugerem Bulmer e Eagle, a perda de incentivos relacionados com o volume de publicidade e o descrédito (o designado *naming and shaming*) dos anunciantes e agências de publicidade.<sup>886</sup> No entanto, esta dimensão de responsabilidade pública ou *accountability* perante aqueles que são, em última instância, os principais visados pelos instrumentos de regulação (consumidores, menores, público, destinatários da publicidade, etc., dependendo do setor em causa) contende com a desejável discrição que constitui, na perspectiva dos operadores da indústria, um dos méritos da autoregulação. Angela Campbell resume de forma expressiva esta dicotomia:

“Quando uma empresa pode obter mais lucro a ignorar a autorregulação do que a cumprir, é provável que o faça, especialmente quando o incumprimento não é facilmente detetado pelo consumidor ou pode prejudicar a reputação da empresa em particular. Como cartéis, as estruturas de autorregulação podem desagregar-se por causa de batoteiros. Por outro lado, quando ações de fiscalização são tomadas, surgem preocupações sobre o exercício da discrição sem revisão.”<sup>887</sup>

---

<sup>886</sup> Cf. SANDY BULMER E LYNNE EAGLE, *Perspectives From New Zealand On Advertising Self Regulation And Marketing Food To Children*, 2005, p. 13.

<sup>887</sup> Cf. ANGELA J. CAMPBELL, *Self-Regulation and the Media*, 1999, p. 718.



### **3. ADEQUAÇÃO DOS INSTRUMENTOS TRADICIONAIS ÀS NOVAS REALIDADES COMUNICACIONAIS**

Em geral, no que se refere às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, o legislador comunitário encoraja os códigos de conduta, que define como o “acordo ou conjunto de normas não impostas por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas de um Estado-Membro que define o comportamento de profissionais que se comprometem a ficar vinculados por este código no que diz respeito a uma ou várias práticas comerciais ou sectores de atividade específicos”.<sup>888</sup> No diploma nacional de transposição, os códigos de conduta são valorizados a dois níveis. Por um lado, na aferição da deslealdade de uma prática comercial, sendo considerada como enganosa a prática que envolva o incumprimento de compromisso efetivo decorrente do código de conduta a que o profissional esteja vinculado (caso tenha informado o consumidor dessa vinculação e atendendo às características e circunstâncias do caso concreto), bem como, em qualquer circunstância, a afirmação de que o profissional é signatário de um código de conduta ou de que este foi aprovado por um organismo público ou outra entidade quando tal não corresponda à verdade.<sup>889</sup> Por outro lado, fica patente a complementaridade da autorregulação, ao estabelecer que os titulares de códigos de conduta que assegurem uma proteção do consumidor superior à prevista no regime legal possam controlar aquelas práticas comerciais desleais, sem que tal controlo signifique uma renúncia ao controlo administrativo ou ação judicial.<sup>890</sup>

A autorregulação está ainda prevista no regime de acesso e de exercício das atividades de comércio, serviços e restauração, onde se determina que “sem

---

<sup>888</sup> Considerando 20 e artigo 2.º f) da Diretiva 2005/29/CE.

<sup>889</sup> Artigos 7.º n.º 2 b) e artigo 8.º a) e c) do DL 57/2008.

<sup>890</sup> Artigo 17.º do DL 57/2008.



prejuízo de os operadores económicos deverem, no exercício da sua atividade, adotar uma gestão em conformidade com as disposições legais e regulamentares aplicáveis, podem ser estabelecidos, através da autorregulação, princípios e condutas considerados necessários e mais adequados para promover uma atuação responsável, sustentável, eficaz e competitiva das empresas, que respondam, de modo mais concreto e imediato, às exigências e dinâmicas do mercado”<sup>891</sup>. E a própria lei de defesa do consumidor faz referência aos acordos de boa conduta, que podem ser negociados entre as associações de consumidores e os profissionais ou suas organizações representativas.<sup>892</sup>

Em matéria de proteção de menores nos serviços audiovisuais e de informação, já em 1998 o Conselho da União Europeia<sup>893</sup> apontava a autorregulação como uma medida suplementar com o potencial de “contribuir para encontrar rapidamente soluções concretas para os problemas da proteção dos menores e da dignidade humana, ao mesmo tempo que preserva a flexibilidade necessária para assimilar a rápida evolução dos serviços audiovisuais e de informação” e estabelecia no seu anexo um conjunto de diretrizes com o objetivo de fomentar um clima de confiança e informação *online*, a serem incorporadas em códigos de conduta adotados e aplicados voluntariamente pelos operadores (fornecedores de rede, acesso, serviços, conteúdos, etc.). No tocante à proteção dos menores, o Conselho instava a que o conteúdo destes Códigos incluísse três aspetos essenciais: a informação dos utilizadores (sobre os riscos e meios de proteção), a apresentação de conteúdos legais suscetíveis de lesar menores (através de sinais sonoros ou visuais de prevenção, etiquetagem ou classificação de conteúdos e

---

<sup>891</sup> Artigo 24.º do DL 10/2015.

<sup>892</sup> Artigo 19.º da Lei 24/96.

<sup>893</sup> Cf. 98/560/CE: Recomendação do Conselho de 24 de Setembro de 1998 relativa ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação através da promoção de quadros nacionais conducentes a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana, disponível na WWW:<<http://data.europa.eu/eli/reco/1998/560/oj>> [Consult. 16.08.2020].

sistemas de verificação de idade) e o apoio ao exercício do controlo parental (através, por exemplo, de mecanismos de filtragem). O Conselho recomendava ainda a integração nos Códigos de Conduta de regras relativas à sua violação e possibilidades de recurso, com o objetivo de “reforçar a credibilidade dos códigos de conduta, sem perder de vista o carácter voluntário da sua aplicação, mediante a previsão de medidas dissuasivas e proporcionais à natureza das violações”. Mais recentemente, também o RGPD incentiva a elaboração de Códigos de Conduta para uma correta e específica aplicação do regulamento em variados aspetos, entre os quais “as informações prestadas às crianças e a sua proteção, e o modo pelo qual o consentimento do titular das responsabilidades parentais da criança deve ser obtido”.<sup>894</sup>

Descrevamos agora os instrumentos e entidades de autorregulação mais relevantes na tutela do consumidor menor de idade, no plano global e nacional, e que genericamente podemos agrupar em duas grandes áreas: a das questões relacionadas com a publicidade ou comunicação comercial e a das questões relacionadas com a proteção os menores em ambiente *online*.

Em matéria de autorregulação na publicidade, considera-se como padrão de excelência internacional o *ICC Advertising and Marketing Communications Code*, da *International Chamber of Commerce (ICC)*, com versão original de 1937, atualmente na sua 10ª revisão (2018)<sup>895</sup> e no qual se baseiam os sistemas de autorregulação de 42 países, incluindo a generalidade dos países europeus. O Código é ainda complementado com diversas diretrizes sectoriais, designadamente guias de marketing responsável para publicidade comportamental *online*,

---

<sup>894</sup> Cf. Considerando 98 e artigo 40.º RGPD.

<sup>895</sup> Cf. ICC Advertising and Marketing Communications Code, disponível na WWW: <<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>> [Consult. 16.08.2020].

publicidade personalizada, alimentos e bebidas, vendas diretas, entre outros.<sup>896</sup> O Código insta a um cuidado especial com comunicações comerciais dirigidas ou que utilizem menores, subdivididas em crianças (até aos 12 anos) e adolescentes (13-17 anos), designadamente pela não exploração da sua inexperiência e credulidade, prevenção de danos na sua integridade mental, moral e física e promoção de valores, comportamento social, estilo de vida e atitudes positivas.<sup>897</sup> No que se refere ao tratamento de dados pessoais das crianças, o ênfase é colocado na proteção da sua privacidade e obtenção do consentimento parental<sup>898</sup>, designadamente quanto a *marketing* direto e digital e publicidade personalizada ou baseada nos interesses.<sup>899</sup>

Duas entidades de referência são, respetivamente a nível europeu e internacional, a *European Advertising Standards Alliance* (EASA) e o *International Council for Advertising Self-Regulation* (ICAS). A EASA, com quase três décadas de atuação, agrega as autoridades de autorregulação publicitária de 28 países europeus e 13 organizações representativas do ecossistema publicitário (anunciantes, agências e meios). Para além de adotar o Código ICC, a EASA disponibiliza documentos de boas práticas e recomendações operacionais.<sup>900</sup> O ICAS, inicialmente uma rede informal que operava sob a égide da EASA, foi formalmente relançado em 2016 como uma plataforma independente e de partilha de boas práticas e de procura de soluções para desafios globais.

Ainda a nível europeu, a *Federation of European Direct and Interactive Marketing* (FEDMA) desenvolveu em 2003 um Código de Conduta Europeu para o uso de dados pessoais em Marketing Direto<sup>901</sup>, com disposições específicas

---

<sup>896</sup> Cf. diretrizes disponíveis na WWW: <<https://www.codescentre.com/other-icc-guides/>> [Consult. 16.08.2020].

<sup>897</sup> Cf. artigo 18 do Código do ICC.

<sup>898</sup> Cf. artigo 19.4 do Código do ICC.

<sup>899</sup> Cf. artigos C7 e C22.6 do Código do ICC.

<sup>900</sup> Cf. Best Practice Recommendations, disponíveis na WWW: <<https://www.easa-alliance.org/products-services/publications/easa-best-practice-guidance>> [Consult. 16.08.2020].

<sup>901</sup> Cf. European Code of practice for the use of personal data in direct marketing, disponível na WWW: <<https://www.fedma.org/wp-content/uploads/2017/06/FEDMACodeEN.pdf>> [Consult. 17.08.2020].

relativamente a crianças, assim consideradas abaixo dos 14 anos. Para além das questões do consentimento parental, o Código reforça o aspeto da informação acessível e compreensível nos materiais comerciais dirigidos a crianças, bem como a proibição da participação das crianças em jogos, ofertas de prémios ou qualquer outra atividade promocional ficar dependente da disponibilização de mais dados pessoais do que os estritamente necessários à referida atividade.<sup>902</sup> Ainda numa era pré-RGPD, o Código mereceu parecer positivo do GT29, que o considerou conforme com a Diretiva europeia então vigente e à qual imprimiu um valor acrescentado. Não obstante, o Grupo de Trabalho instou a FEDMA a desenvolver e pormenorizar as disposições relativas à proteção das crianças no contexto *online*, onde aquelas são especialmente vulneráveis.<sup>903</sup> Tal veio a concretizar-se no Anexo de Comunicações Online aprovado em 2010<sup>904</sup>, onde a FEDMA especifica, entre outros, que não podem ser recolhidos junto de crianças dados sensíveis ou informação relativa a outras pessoas ou elementos da família e que é ilegal incentivar as crianças a fornecer os seus dados para efeitos de marketing em troca de uma qualquer recompensa, material ou virtual. O anexo inclui ainda uma cláusula-modelo de pedido de consentimento a crianças em linguagem compreensível para aquela faixa etária.

Num segundo grupo e especificamente relacionados com a proteção das crianças *online*, um dos primeiros instrumentos de autorregulação foram os *Safer Social Networking Principles (SNS Principles)*, de 2009<sup>905</sup>. Dinamizada pela

---

<sup>902</sup> Cf. artigo 2.6 do Código da FEDMA.

<sup>903</sup> Cf. Parecer 3/2003 sobre o código de conduta europeu da FEDMA relativo ao uso de dados pessoais em operações de marketing direto, de 13.06.2003, disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp77\\_pt.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp77_pt.pdf)> [Consult. 17.08.2020].

<sup>904</sup> Cf. *Electronic Communications Annex*, disponível na WWW:<<https://www.fedma.org/wp-content/uploads/2017/06/FEDMA-On-Line-Annex.pdf>> [Consult. 17.08.2020].

<sup>905</sup> Cf. *Safer Social Networking Principles for the EU*, disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/sn\\_principles.pdf](https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/sn_principles.pdf)> [Consult. 18.08.2020].

Comissão Europeia, a iniciativa reuniu 21 prestadores de serviços<sup>906</sup> com o compromisso de melhorar a segurança das crianças e jovens utilizadores destes serviços, com referência aos potenciais riscos de conteúdos ilegais ou desadequados para a idade, contactos impróprios ou condutas *online*. Os subscritores realçaram ainda o papel desempenhado pelas várias partes interessadas (*stake-holders*), numa abordagem colaborativa: pais, professores e outros cuidadores; governos e órgãos públicos; polícia e outros órgãos de aplicação da lei; sociedade civil e os próprios utilizadores. O compromisso está organizado em torno de sete princípios, a saber: 1) aumentar a consciencialização sobre mensagens de educação para a segurança e políticas de uso aceitável para os utilizadores, pais, professores e cuidadores de forma proeminente, clara e adequada à idade; 2) trabalhar para garantir que os serviços sejam adequados à idade do público-alvo; 3) capacitar os utilizadores através de ferramentas e tecnologia; 4) fornecer mecanismos fáceis de usar para denunciar condutas ou conteúdos que violem os Termos do Serviço; 5) responder a notificações de conteúdo ou conduta ilegal; 6) habilitar e incentivar os utilizadores a empregar uma abordagem segura às informações pessoais e privacidade; 7) avaliar os meios para corrigir conteúdo/conduta ilegal ou proibido.<sup>907</sup> Nos anos subsequentes, a Comissão Europeia solicitou e publicou relatórios de implementação destes princípios. No relatório de 2010<sup>908</sup> a análise dos sítios dos subscritores demonstrava que os princípios mais bem implementados foram o princípio 3 ("capacitar os utilizadores") e o princípio 6 ("incentivar a abordagem de

---

<sup>906</sup> Arto, Bebo, Dailymotion, Facebook, Giovani.it, YouTube, Hyves, Windows Live, Xboxlive, Myspace, Nasza-klaza.pl, Netlog, One.lt, Piczo, Rate.ee, Skyrock, SchülerVZ StudiVZ MeinVZ, Habbo, IRC Galleria, Tuenti, Yahoo!Answers, Flickr e Zap.lu.

<sup>907</sup> Tradução nossa. No original: "Principle 1: Raise awareness of safety education messages and acceptable use policies to users, parents, teachers and carers in a prominent, clear and age-appropriate manner; Principle 2: Work towards ensuring that services are age-appropriate for the intended audience; Principle 3: Empower users through tools and technology; Principle 4: Provide easy-to-use mechanisms to report conduct or content that violates the Terms of Service; Principle 5: Respond to notifications of Illegal content or conduct; Principle 6: Enable and encourage users to employ a safe approach to personal information and privacy; Principle 7: Assess the means for reviewing illegal or prohibited content/conduct."

<sup>908</sup> Cf. Evaluation of the implementation of the Safer Social Networking Principles for the EU Part I: General Report disponível na WWW:<<https://www.duo.uio.no/handle/10852/27216>> [Consult. 18.08.2020].

uso seguro para a privacidade"), enquanto que o grau de conformidade mais baixo se verificou no princípio 2 ("serviços adequados à idade") e no princípio 4 ("mecanismos fáceis de usar para denúncia de violações"). A Comissão Europeia apelou às empresas gestoras de redes sociais para que melhorassem a sua política relativa à segurança das crianças<sup>909</sup>, designadamente quanto à visibilidade das informações pessoais e perfis dos menores (apenas 40% dos prestadores tornaram os perfis dos utilizadores menores visíveis apenas para amigos) e à resposta às queixas apresentadas (apenas 1/3 respondeu aos pedidos de ajuda dos utilizadores).<sup>910</sup> Já em 2011 a então Vice-Presidente da Comissão Europeia e responsável pela Agenda Digital, Neelie Kroes, transmitia que "foi dececionante saber que as redes sociais, na sua maioria, não garantem, de raiz, que os perfis dos menores apenas estejam acessíveis aos seus próprios contactos aprovados".<sup>911</sup> O relatório evidenciou, no entanto, uma melhoria face ao ano anterior ao nível da clareza e adequação da informação apresentada, bem como da eficácia dos mecanismos de comunicação de factos.

A questão da verificação da idade permanece problemática. "Na Internet ninguém sabe quem é adulto e quem é criança"<sup>912</sup> e os sistemas de verificação de idade permanecem assentes nas idades declaradas pelos próprios utilizadores. Um estudo sobre práticas arriscadas de redes sociais entre utilizadores menores<sup>913</sup> em 25 países europeus comparou os princípios SNS com as práticas das crianças e as regras estabelecidas pelos pais, evidenciando de forma clara que os mecanismos de

---

<sup>909</sup> Cf. Comunicado de imprensa disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP\\_10\\_144](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_10_144)> [Consult. 18.08.2020].

<sup>910</sup> Cf. Assessment of the implementation of the Safer Social Networking Principles for the EU on 14 websites: Summary Report, disponível na WWW:<[https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/458072/1/Summary\\_Report\\_SNS\\_Phase\\_B.pdf](https://lirias.kuleuven.be/bitstream/123456789/458072/1/Summary_Report_SNS_Phase_B.pdf)> [Consult. 18.08.2020].

<sup>911</sup> Cf. Comunicado de Imprensa disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP\\_11\\_762](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_11_762)> [Consult. 20.08.2020].

<sup>912</sup> Tradução nossa. No original: "On the Internet no one knows who is an adult and who a child" - Cf. SONIA LIVINGSTONE, KJARTAN ÓLAFSSON E ELISABETH STAKSRUD, *Risky social networking practices among "underage" users: Lessons for evidence-based policy*, 2013, p. 305.

<sup>913</sup> Cf. SONIA LIVINGSTONE, KJARTAN ÓLAFSSON E ELISABETH STAKSRUD, *Risky social networking practices among "underage" users: Lessons for evidence-based policy*, 2013.



restrição de idade não são eficazes, já que 38% dos utilizadores entre os 9 e os 12 anos usa redes sociais, muitas não permitidas para a sua faixa etária. Por outro lado, muitos desses perfis são públicos e uma percentagem significativa das crianças que participaram no estudo não demonstra as competências digitais necessárias, designadamente as de encontrar informação sobre segurança, bloquear mensagens não-solicitadas ou alterar as configurações de privacidade. Para além dos três atores principais nesta gestão dos riscos *online* (os prestadores de serviços, os pais e as crianças), o estudo aponta ainda o fator da pressão dos pares que leva a que um número crescente de crianças queira participar em redes sociais originalmente desenhadas para adultos e “os pais são apanhados no meio, querendo que seus filhos “se encaixem” com os seus colegas, mas no geral cientes de que esses serviços não foram projetados para serem usados por crianças”.<sup>914</sup>

Em 2011, 31 empresas comprometeram-se a tomar medidas positivas para tornar a internet mais segura para crianças, através da iniciativa *CEO Coalition to make the Internet a better place for kids*<sup>915</sup>, focalizada em cinco áreas: ferramentas de reporte simples e robustas, configurações de privacidade adequadas à idade, uso mais amplo da classificação de conteúdo, maior disponibilidade de controlos parentais e remoção eficaz de material de abuso sexual infantil. A iniciativa, ativamente impulsionada pela então Vice-Presidente da Comissão Europeia, envolvia um plano de ação anual, findo o qual os membros da coligação apresentaram um conjunto de recomendações<sup>916</sup>, incluindo em matéria de

---

<sup>914</sup> Tradução nossa. No original: “Parents are caught in the middle, wanting their children to ‘fit in’ with their peers but on the whole aware that these services were not designed for use by children” - Cf. SONIA LIVINGSTONE, KJARTAN ÓLAFSSON E ELISABETH STAKSRUD, *Risky social networking practices among “underage” users: Lessons for evidence-based policy*, 2013, p. 315.

<sup>915</sup> Os signatários foram a Apple, BSkyB, BT, Dailymotion, Deutsche Telekom, Facebook, France Telecom - Orange, Google, Hyves, KPN, Liberty Global, LG Electronics, Mediaset, Microsoft, Netlog, Nintendo, Nokia, Opera Software, Research In Motion, RTL Group, Samsung, Skyrock, Stardoll, Sulake, Telefonica, TeliaSonera, Telecom Italia, Telenor Group, Tuenti, Vivendi and Vodafone - Cf. na WWW:< [https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/ceo\\_coalition\\_statement.pdf](https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/ceo_coalition_statement.pdf)> [Consult. 20.08.2020].

<sup>916</sup> Cf. notícia na WWW:< <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/better-internet-kids-ceo-coalition-1-year>> [Consult. 20.08.2020].



classificação de conteúdos comerciais, e uma base de dados comparativa de configurações de privacidade adequadas à idade<sup>917</sup>. No ano seguinte, os subscritores reforçaram o compromisso de “colaborar e não competir” para melhorar a internet para as crianças<sup>918</sup> e houve alguns *spin-offs* dos quais destacamos um projeto-piloto em matéria de classificação de conteúdos gerados pelo utilizador (*user generated content*)<sup>919</sup>. Desde então, a CEO Coalition não tem evidenciado grande atividade.<sup>920</sup>

Também em 2012, a iniciativa *ICT Coalition for Children Online* reuniu 21 empresas do setor das tecnologias de informação e comunicação<sup>921</sup> com o objetivo de ajudar crianças e jovens a usar a Internet de forma segura e responsável. Os subscritores apoiaram a iniciativa CEO Coalition e, contemporaneamente, definiram um conjunto de seis princípios, respetivamente dedicados aos conteúdos, controlos parentais, mau uso e abuso, abuso sexual ou contactos ilegais, privacidade e controlo, e educação e consciencialização. Não fica clara a justificação para a sobreposição de iniciativas<sup>922</sup>, mas a ICT Coalition aparenta ter tido maior continuidade. Um primeiro relatório assinalava os progressos já feitos pelas empresas signatárias na implementação de medidas de cumprimento dos princípios e apontava como áreas a desenvolver o ambiente móvel e controlos parentais e classificação de conteúdos (similarmente ao que acontecia já no setor dos jogos) nesse ambiente, os conteúdos gerados por utilizadores, a efetividade dos

---

<sup>917</sup> Cf. Database for Age-Appropriate Privacy Settings disponível na WWW:<<http://www.enacso.eu/resources/database-for-age-appropriate-privacy-settings/>> [Consult. 20.08.2020].

<sup>918</sup> Cf. Memo disponível na WWW:<[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO\\_13\\_504](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_504)> [Consult. 20.08.2020].

<sup>919</sup> Cf. na WWW:<<http://www.yourateit.eu/>> [Consult. 25.08.2020].

<sup>920</sup> Cf. MILDA MACENAITE, *Protecting children's privacy online: a critical look to four European self-regulatory initiatives*, 2016, p. 7.

<sup>921</sup> Atualmente a iniciativa tem como participantes a Altice, ASKfm, BBC, Bwin party, Disney, Deutsche Telekom, Facebook, Google, KPN, Orange, Skyrock, Telefónica, Telenor, Telia Company, Telecom Italia, Tik-tok, Twitter, Unibet, Vodafone e Yubo – Cf. na WWW:<<https://www.ictcoalition.eu/>> [Consult. 25.08.2020].

<sup>922</sup> Cf. MILDA MACENAITE, *Protecting children's privacy online: a critical look to four European self-regulatory initiatives*, 2016, p. 7.

mecanismos de reporte, bem como melhorias na cooperação e consciencialização dos menores e seus pais.<sup>923</sup>

Seguindo um repto da Comissão Europeia, um conjunto de empresas de tecnologias de informação e comunicação, meios de comunicação, organizações não governamentais e a UNICEF lançaram, no Dia da Internet mais Segura de 2017, a *Alliance to better protect minors online*.<sup>924</sup> Para além de compromissos individuais, os signatários assinaram uma declaração de propósito comum com três vetores principais: capacitação, colaboração e sensibilização. No primeiro, o plano de ação inclui a promoção das melhores práticas para a comunicação das práticas de privacidade e do uso de classificação de conteúdos e ferramentas de controlo parental, bem como o fornecimento de ferramentas acessíveis e robustas, e ainda consciencialização de progenitores e utilizadores. No segundo, propõem-se melhorar a colaboração e partilha de boas práticas entre organizações de segurança infantil, serviços educativos e responsáveis pela aplicação das leis. E por último, no plano da sensibilização, a tónica é colocada no apoio a iniciativas de segurança *online*, capacitação digital e educação para os *media*, e no acesso das crianças a conteúdos diversificados.

Merece ainda referência uma iniciativa dos prestadores de serviços móveis europeus, em 2007, o *European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children*<sup>925</sup>, dinamizado pela GSMA, associação representativa da indústria das comunicações móveis com mais de 750 operadores membros. Nele

---

<sup>923</sup> Uma avaliação independente em 2016 e um relatório sobre o impacto das tecnologias nas crianças e suas famílias em 2018, contendo ambos algumas recomendações complementares para a indústria, estão disponíveis na página da ICT Coalition.

<sup>924</sup> A iniciativa teve como signatários a ASKfm, BT Group, Deutsche Telekom, Disney, Facebook, Google, KPN, The LEGO Group, Liberty Global, Microsoft, Orange, Rovio, Samsung Electronics, Sky, Spotify, Sulake, Super RTL, TIM (Telecom Italia), Telefónica, Telenor, Telia Company, Twitter, Vivendi e Vodafone, e como associados a BBFC, Child Helpline International, COFACE, eNACSO, EUN Partnership, FFTelecoms, FOSI, FSM, GSMA, ICT Coalition, NICAM, Toy Industries of Europe, UNICEF – Cf. na WWW:< <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/protect-minors-online>> [Consult. 25.08.2020].

<sup>925</sup> Cf. *European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children*, disponível na WWW:<<https://www.gsma.com/gsmadeurope/wp-content/uploads/2012/04/saferchildren.pdf>> [Consult. 01.09.2020].

são elencadas um conjunto de recomendações em matéria de mecanismos de controlo de acesso de conteúdos para adultos, consciencialização, classificação de conteúdos comerciais e luta contra conteúdos ilegais. No seguimento deste compromisso conjunto foram aprovados códigos nacionais de conduta<sup>926</sup> que abrangem atualmente toda a União Europeia e cuja implementação tem sido acompanhada pela GSMA.

Por último, referir o Código de Conduta do Sistema PEGI (*Pan European Game Information*), sistema de classificação etária de videojogos.<sup>927</sup> Lançado em 2003, substituiu sistemas de classificação nacionais e é agora o sistema único adotado em mais de 35 países europeus e apoiado pelos principais fabricantes de consolas<sup>928</sup>. O sistema de classificação tem em conta não o nível de dificuldade, mas a idade adequada para se jogar e é expresso em “rótulos” (PEGI 3, 7, 12, 16 e 18) de acordo com um conjunto de descritores de conteúdo<sup>929</sup>. Utiliza dois procedimentos diferentes, um tradicional de verificação de pré-lançamentos de jogos físicos e outro de verificação pós-lançamento para produtos digitais, este último através do sistema IARC (*International Age Rating Coalition*)<sup>930</sup>. Entre os objetivos do Código de Conduta está o de garantir que a publicidade, marketing e promoção de produtos de software interativos são realizados de maneira responsável e sem ofender a decência humana, incluindo em ambiente *online*. Para além de medidas corretivas, que incluem a modificação de anúncios publicitários *online* e *offline*, o Código prevê sanções de desqualificação e avultadas multas para os infratores.

---

<sup>926</sup> Em Portugal, os três principais operadores de comunicações móveis à data acordaram num Código de Conduta para as atividades de prestação de serviços de conteúdos, disponível na WWW:< <https://www.gsma.com/gsmadeurope/wp-content/uploads/2012/04/saferchildren.pdf>> [Consult. 01.09.2020].

<sup>927</sup> Cf. na WWW:< <https://pegi.info/pt-pt>> [Consult. 03.09.2020].

<sup>928</sup> Incluindo a Sony, Microsoft e Nintendo.

<sup>929</sup> Esses descritores são: violência, linguagem obscena, medo, apostas, sexo, drogas, discriminação e compras no jogo.

<sup>930</sup> Que agrega autoridades da Europa, Austrália, Brasil, América do Norte e Coreia do Sul.

Em Portugal, o principal instrumento de autorregulação é o Código de Conduta da Autorregulação Publicitária em matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial (2014, com adaptação em 2017)<sup>931</sup>, que assume como um dos objetivos a responsabilidade particular relativamente à comunicação comercial dirigida a crianças e jovens, tidas como um grupo vulnerável. Especificamente, o artigo 22.º do Código de Conduta estabelece que as comunicações dirigidas ou veiculadas a estes públicos “não podem comprometer, desvalorizar, subestimar nem prejudicar a atitude, o comportamento social e o estilo de vida positivos” e traça algumas diretrizes em matéria de salvaguarda da sua inexperiência e credulidade, prevenção de danos e valores sociais. Quanto à proteção de dados pessoais e privacidade, o artigo 23.º do Código de Conduta determina que a “informação pessoal de indivíduos identificáveis como crianças apenas poderá ser recolhida, tratada e transmitida a terceiros após obtenção do consentimento dos pais ou tutor legal ou em casos onde a divulgação é permitida por lei”. Especificamente quanto a publicidade e outras formas de comunicação comercial através dos meios interativos e/ou digitais, salienta-se a necessidade de participação ou supervisão dos pais relativamente às atividades interativas dos filhos, a restrição de acesso de menores a sítios de internet dedicados a produtos ou serviços sujeitos a restrições etárias (como bebidas alcoólicas, jogo e produtos tabagísticos), a clara identificação de produtos atentatórios dos direitos das crianças tendo em conta o alcance global destes meios e ainda a proibição de segmentação dirigida a menores de 12 anos para propósitos de Publicidade Comportamental Online (artigos D3, D4 e D5).

Ainda relativamente aos meios digitais, o Guia de Boas Práticas de Comunicação de Marketing Digital e Publicidade Comportamental online no

---

<sup>931</sup> Cf. Código de Conduta em matéria de Publicidade e outras formas da Comunicação Comercial disponível na WWW:<[https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta\\_ARP.pdf](https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Cod.-Conduta_ARP.pdf)> [Consult. 03.07.2020].

âmbito da Autorregulação (2014)<sup>932</sup> inclui a segmentação infantil como sensível e esclarece que, embora não devam ser gerados segmentos dirigidos a audiências de crianças e jovens, “não é restringida a recolha de dados de OBA, com o propósito da divulgação de produtos infantis aos pais ou a outros adultos”<sup>933</sup>

O Código de Autorregulação em Matéria de Comunicação Comercial de Alimentos e Bebidas dirigida a Crianças (2018)<sup>934</sup> pretende dar resposta à questão da obesidade infantil, na esteira do “*EU Pledge*”<sup>935</sup> e dos Compromissos da Indústria Alimentar sobre Alimentação, Atividade Física e Saúde - Publicidade e Marketing dirigidos a crianças (2009)<sup>936</sup>. No pressuposto de que as crianças (definidas como menores com idade inferior a 12 anos) são vulneráveis, o Código introduz recomendações em matéria da linguagem a ser utilizada, bem como de evitar uma excessiva pressão comercial e, em geral, a consideração de estilos de vida saudáveis pelos agentes envolvidos neste mercado. O Código considera como comunicações comerciais dirigidas a crianças aquelas concebidas para atrair a sua atenção e interesse, as difundidas em espaços ou horários com público maioritário (mínimo 35% de audiência média) de crianças e aquelas em que a conexão entre a comunicação e as crianças seja real, por se tratar de comunicação a produtos destinados a crianças ou em que as crianças participem de forma determinante, ou ainda pelo uso de personagens ou atribuição de prémios relacionados com crianças.

---

<sup>932</sup> Guia que tem como referências o Digital Marketing Communications (DMC) e o Online Behavioural Advertising (OBA), ambos da autoria da European Advertising Standards Alliance (EASA), disponível na WWW:<[https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2017/07/GUIA\\_VERSAO\\_FINAL.pdf](https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2017/07/GUIA_VERSAO_FINAL.pdf)> [Consult. 03.07.2020].

<sup>933</sup> Cf. II B 3 - Princípio de Recomendação III.

<sup>934</sup> Cf. Código de Auto-Regulação em matéria de Comunicação Comercial de Alimentos e Bebidas dirigida a crianças, disponível na WWW:<[https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Codigo\\_Crianças\\_AlimentosBebidas\\_v\\_2018.pdf](https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2018/01/Codigo_Crianças_AlimentosBebidas_v_2018.pdf)> [Consult. 03.07.2020].

<sup>935</sup> Compromisso voluntário das empresas líderes no mercado alimentares e de bebidas não-alcoólicas, relativamente a produtos publicitados para crianças menores de 12 anos. Cf. na WWW:<<https://eu-pledge.eu/>>.

<sup>936</sup> Cf. Compromissos da Indústria Alimentar sobre Alimentação, Atividade Física e Saúde - Publicidade e Marketing dirigidos a crianças, disponível na WWW:<<https://www.erc.pt/documentos/legislacaosite/CompromissosdaIndustriaAlimentarsobreAlimentacaoActividadeFisicaeSaudePublicidadeeMarketingdirigidosacrianças.pdf>> [Consult. 05.07.2020].

Relativamente ao enquadramento legal destas matérias, o Código introduz um conjunto de normas éticas em matéria de legalidade, veracidade, responsabilidade social, saúde, segurança, identificabilidade e intervenção de personagens e programas, promoção de vendas e marketing nas escolas.

Quanto a bebidas alcoólicas, o Código de Autorregulação da Comunicação Comercial em matéria de Bebidas Alcoólicas - vinhos e bebidas espirituosas (2014)<sup>937</sup> remete para o conceito legal de menor, a quem inclui nos grupos vulneráveis, restringindo as associações entre menores de idade e consumo de bebidas alcoólicas. O Código alarga tal associação em termos etários ao instituir que a comunicação comercial não deve ser protagonizada por menores de 21 anos ou que aparentem sê-lo. Entre outras restrições, é vedada a apresentação de sinais comerciais distintivos de bebidas alcoólicas em roupa, brinquedos e outros produtos infantis, bem como a utilização de personalidades, expressões, recursos sonoros, gráficos e audiovisuais notórios no universo dos menores e a veiculação de comunicação comercial de bebidas alcoólicas em programas dirigidos a menores (mínimo 30% de audiência) no cinema, teatro, rádio e televisão. Similares preocupações são refletidas no Código de Autorregulação dos Cervejeiros Portugueses para a Comunicação Comercial<sup>938</sup>.

O Manual de Boas Práticas à Publicidade de Jogos e Apostas (2020)<sup>939</sup> veda a alusão a jogos e apostas – em casino, salas de máquinas ou bingo e *online* – em atividades onde participem menores e impõe a menção “+18” ou equivalente, bem como a referência educacional “Seja responsável. Jogue com moderação”. Na

---

<sup>937</sup> Cf. Código de Autorregulação da Comunicação Comercial em matéria de Bebidas Alcoólicas, disponível na WWW:<[https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2017/07/Codigo\\_BebidasAlcoolicas\\_Vinhos\\_Espirituosas.pdf](https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2017/07/Codigo_BebidasAlcoolicas_Vinhos_Espirituosas.pdf)> [Consult. 05.07.2020].

<sup>938</sup> Cf. Código de Autorregulação dos Cervejeiros Portugueses para a Comunicação Comercial disponível na WWW:<<https://www.centralcervejas.pt/media/188836/codigo-autorregulacao-07.pdf>> [Consult. 05.07.2020].

<sup>939</sup> Cf. Manual de Boas Práticas à Publicidade de Jogos e Apostas, disponível na WWW:<[https://www.srij.turismodeportugal.pt/fotos/editor2/diversos/Manual\\_Publicidade\\_vs2.pdf](https://www.srij.turismodeportugal.pt/fotos/editor2/diversos/Manual_Publicidade_vs2.pdf)> [Consult. 13.02.2021].



televisão e na rádio a publicidade não deve ter lugar entre as 7 horas e as 22 horas e 30 minutos nem nos 30 minutos anteriores ou posteriores a programas infantis. Especificamente quanto a publicidade nas redes sociais e YouTube, o Manual determina que os anunciantes que utilizem redes sociais ou serviços de partilha de conteúdos *online* devem ativar os mecanismos destinados a impedir ou limitar o acesso por menores e abster-se de publicitar jogos e apostas em sítios, páginas, redes sociais e aplicações móveis destinadas a dispositivos que utilizem a internet, quando os seus conteúdos tenham como destinatários os menores de 18 anos. Insta ainda ao cumprimento destas regras quando sejam usados *blogs*, embaixadores da marca, *influencers* ou *streamers*.

Por último, nota no setor audiovisual para o acordo de autorregulação sobre a classificação de programas de televisão (2006)<sup>940</sup>, no qual os três operadores de televisão generalistas portugueses concertaram num sistema de classificação de conteúdos com recomendação etária de visionamento dos programas, pela observação de oito critérios (temática geral, linguagem, nudez, sexo, agressividade/violência, comportamentos imitáveis, medo, e drogas/álcool/tabaco), o que, aliado ao aconselhamento parental, contribui para uma “melhor literacia comunicacional entre todos os agentes: público, pais, educadores e programadores de conteúdos”. E ainda o Acordo de Autorregulação em Matéria de "Colocação de Produto" e "Ajudas à Produção e/ou Prémios" (2009)<sup>941</sup>, subscrito pela Confederação Portuguesa dos Meios de Comunicação Social (CPMCS), o Instituto Civil de Autodisciplina da Publicidade (antecessor da Autorregulação Publicitária) e os três operadores televisivos, e que define programa infantil como aquele que, pela sua natureza, seja destinado a crianças até aos 9 anos e cuja classificação etária

---

<sup>940</sup> Cf. Classificação de programas de televisão disponível na WWW:<<https://www.erc.pt/documentos/legislacao/site/Acordodeautoregulacaosobreaclassificacaodeprogramasdetelevisao.pdf>> [Consult. 20.07.2020].

<sup>941</sup> Cf. Acordo de Autorregulação disponível na WWW:<[http://www.cpmcs.pt/xms/files/acordo\\_pp.pdf](http://www.cpmcs.pt/xms/files/acordo_pp.pdf)> [Consult. 21.07.2020].



não seja igual ou superior a 10 AP (programas destinados a indivíduos com mais de 10 anos, com recomendação de aconselhamento parental para idades inferiores).

A principal entidade responsável pela implementação do sistema de autorregulação é a Autorregulação Publicitária (ARP)<sup>942</sup>. Membro da EASA e do ICAS, a ARP tem como associados anunciantes, agências, meios e associações setoriais, representando cerca de 80% do investimento publicitário nacional.<sup>943</sup> A ARP exerce as suas funções em dois segmentos, *a priori* e *a posteriori* da comunicação comercial veiculada. No primeiro destes segmentos, cumpre uma função preventiva através dos serviços, facultativos para os associados, de *copy-advice*/pareceres (aconselhamento jurídico confidencial sobre um anúncio publicitário antes da sua difusão, sem carácter vinculativo) e *pre-clearance* (sistema voluntário que atesta a conformidade ético-legal previamente à sua veiculação) pelo Gabinete Técnico-Jurídico da ARP. Por outro lado, o sistema de *monitorização* consiste numa ferramenta de análise da publicidade veiculada ou por veicular, para apurar eventuais ilícitos publicitários, e pode ser desencadeado por iniciativa da própria ARP ou por acordo com o associado responsável por essa mesma publicidade. No segundo segmento, o Júri de Ética (JE) da ARP é responsável pelo sistema de *resolução de litígios*, acessível a pessoas singulares (sendo gratuito para consumidores) e coletivas públicas ou privadas. O JE, composto por duas seções e um órgão de recurso (comissão de apelo), decide de forma independente e extrajudicial sobre as queixas e reclamações que lhe são direcionadas, podendo ordenar a alteração ou cessação da publicidade se considerar que foram violadas as normas ético-legais, e são públicas as suas deliberações. Alternativamente a ARP

---

<sup>942</sup> Oficialmente constituído em 1991 como Instituto Civil da Autodisciplina da Publicidade (ICAP). Em 2009, mantendo a sigla, alterou a sua designação para Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial e em 2016 para Autorregulação Publicitária.

<sup>943</sup> Atualmente, 46 anunciantes, 12 agências, 12 meios e 14 associações setoriais - Cf. informação disponível na WWW:<<https://auto-regulacaopublicitaria.pt/quem-somos/lista-de-socios/>> [Consult. 03.07.2020].

disponibiliza um sistema de *mediação* baseado num acordo célere e voluntário entre as partes.

De acordo com o Relatório Anual da EASA<sup>944</sup>, em 2018 foram apresentadas à ARP apenas 4 reclamações<sup>945</sup>, o que posiciona Portugal como um dos países europeus membros da EASA com menor número de reclamações (a título exemplificativo compare-se com as 33 727 no Reino Unido, 12 178 na Alemanha ou 207 em Espanha nesse mesmo ano).<sup>946</sup> Do total de 56 779 reclamações a nível europeu, a maioria está relacionada com meios digitais (43%) ou audiovisuais (33%). Nota ainda para os assuntos que motivaram as reclamações, dos quais 60% se refere a publicidade enganosa e 38% a questões de bom gosto e decência e responsabilidade social. Neste último grupo, algumas temáticas de destaque são as questões de género (49%), publicidade inapropriada para crianças (15%), outra publicidade discriminatória (13%), outras questões ofensivas (17%) e violência (6%). Quanto à origem das reclamações, a nível europeu a maioria dessas reclamações (87%) proveio dos consumidores, sendo que as apresentadas pelos concorrentes representam uma parcela minoritária (4%). Portugal, todavia, não acompanha estas tendências. Uma consulta ao histórico de deliberações da ARP desde 2014 permite verificar que as reclamações apresentadas por pessoas singulares são residuais, sendo a quase totalidade das reclamações apresentada por empresas da concorrência e maioritariamente relacionadas com publicidade comparativa. Em 2010, em reflexão sobre dados similares, Susana Almeida atribuíu esta diferença ao “desconhecimento e desinteresse do público em geral no que respeita à matéria publicitária e às consequências nefastas da sua ilicitude”<sup>947</sup>, que

---

<sup>944</sup> Cf. estatísticas disponíveis na WWW:<<https://www.easa-alliance.org/products-services/publications/statistics>> [Consult. 16.08.2020].

<sup>945</sup> No período entre 2014 e 2018, o número total de reclamações à ARP foi de 56. Houve ainda 75 pedidos de copy-advice.

<sup>946</sup> Esta tendência já havia sido notada e analisada em 2010 - Cf. SUSANA ALMEIDA, *A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional?*, 2012, p. 235.

<sup>947</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional?*, 2012, p. 239.

será em nosso entender ainda o motivo central para o escasso nível de participação dos consumidores no sistema de autorregulação publicitária, tanto mais que o processo é gratuito quando formalizado por consumidores.

A análise dos instrumentos de regulação existentes e a forma como têm sido dinamizados no nosso país permite-nos chegar a algumas conclusões.

A primeira é a de que, na experiência portuguesa, tal como noutros países, o setor da publicidade tem sido um dos palcos primordiais para a autorregulação.<sup>948</sup> Mas existem diferenças significativas, ao nível do enraizamento da autorregulação, entre o setor da publicidade e os demais. Em matéria de publicidade existe uma entidade, a ARP, que de alguma forma centraliza a elaboração, revisão e controlo dos códigos de conduta e que, pela tradição histórica, universo de associados e reconhecimento generalizado, usufrui de um estatuto de autoridade, não tanto junto dos consumidores, mas seguramente entre os operadores da indústria e na articulação com os poderes estaduais. Tal será de alguma forma reflexo da sua consonância com congéneres europeias e internacionais, com percursos consolidados e atuação relativamente homogénea. Por sua vez, no setor dos *media* tradicionais, em particular os televisivos, ainda com um número reduzido de operadores e pela maior concentração de públicos e visibilidade, têm sido possíveis compromissos de autorregulação entre os operadores generalistas, com algum escrutínio do público.

---

<sup>948</sup> De que Landerset Cardoso assim faz apologia: “As novas abordagens dos mercados e a sua segmentação obriga a uma permanente diversificação dos padrões norteadores da actividade comunicacional publicitária e, naturalmente, a uma necessária adequação e actualização do respectivo quadro legal. Pensamos, todavia, que essa abordagem deve ser feita por grandes princípios, de modo a manter uma elasticidade no sistema para a qual a autorregulação tem uma resposta muito mais rápida e, se for sua vontade, eficaz, do que qualquer modelo centralizado de fiscalização e supervisão da actividade publicitária” – Cf. LUÍS LANDERSET CARDOSO, *Políticas públicas e regulação no sector da publicidade*, 2007, p. 84.

O mesmo não acontece quanto aos serviços da sociedade da informação, onde o número e diversidade de prestadores e a dispersão de plataformas e públicos propicia uma maior opacidade nesta matéria. Desde logo não existem códigos de conduta ou similares com a consistência e abrangência do setor da publicidade, nem uma entidade de autorregulação única ou com estatuto de autoridade consolidado. Por outro lado, muitos dos serviços da sociedade da informação, em particular os dirigidos a crianças e jovens, são prestados de uma forma menos visível ao público em geral e mesmo aos progenitores, e por esse motivo é reduzida a *accountability* desses mesmos prestadores. Além disso, na área da segurança *online*, é difícil aferir o impacto da autorregulação e sobretudo destrinçar quando as melhorias se devem a esses instrumentos ou, ao invés, ao acompanhamento por pais e professores.<sup>949</sup>

São igualmente inquestionáveis as diferenças na densidade, territorialidade e mecanismos de aplicação (*enforcement*) dos códigos de conduta. Na autorregulação publicitária encontramos códigos mais completos, nacionais, e complementares dos regimes legais vigentes em cada país, e sistemas instituídos de pré-aprovação e resolução de conflitos. Ao invés, no segmento da proteção dos menores *online*, a maioria dos instrumentos de autorregulação descritos limita-se à definição genérica de princípios e compromissos, aplicáveis indistintamente a vários países, e desacompanhada de efetivos mecanismos de controlo e responsabilização.

Numa análise crítica a quatro iniciativas de autorregulação a nível europeu relativamente à proteção da privacidade das crianças *online*, Milda Macenaite observa este contraste entre três das iniciativas no domínio da segurança<sup>950</sup> e a outra na área da publicidade<sup>951</sup>, com as primeiras a não representar uma mais-valia em relação à legislação existente precisamente por definirem “apenas metas e objetivos

---

<sup>949</sup> Cf. JOS DE HAAN [et al.], *Self-Regulation*, 2013, p. 115.

<sup>950</sup> *Safer Social Networking Principles for the EU*, Coalition to Make a Better and Safer Internet for Children e ICT Coalition for Children Online.

<sup>951</sup> *European Code of Practice for the Use of Personal Data in Direct Marketing*.

gerais, que podem ser denotados mais como intenções ou declarações de compromissos do que como regras”<sup>952</sup>, o que se reflete na forma mais ou menos comprometida como as empresas aderem a estas metas e em dificuldades na avaliação do cumprimento de tais objetivos. Também relativamente à supervisão do cumprimento dos códigos e sistemas de tratamento de reclamações, a iniciativa da FEDMA, na área da publicidade, foi a única que revelou mecanismos de monitorização e reclamação bem definidos e instituídos a nível nacional e não europeu, bem como referência expressa a sanções para os incumpridores. A tal não será alheio o facto de que a indústria publicitária estar mais estruturada a nível organizacional, enquanto as iniciativas da indústria das tecnologias da informação e comunicação (TIC), relacionadas com a segurança e privacidade *online*, se baseiam em redes mais informais de cooperação.

Em contracorrente, o Código de Conduta do sistema PEGI para videojogos é apontado como um caso de sucesso na autorregulação na indústria TIC.<sup>953</sup> Para além do apoio da indústria, são decisivos dois outros fatores: por um lado, a autoridade que advém da própria orgânica do sistema (que inclui um Conselho consultivo formado por um grupo de peritos técnicos e um Conselho de reclamações independente) e, por outro lado, a possibilidade de sanções financeiras.

Luís Silveira descreve a autorregulação como uma tendência “obsessiva” da União Europeia, não deixando de lhe reconhecer mérito pela flexibilidade, voluntariedade, e complementaridade à regulação existente. Embora com a ressalva, que partilhamos em absoluto, de que:

---

<sup>952</sup> Tradução nossa. No original: “set only general targets and aims, which can be denoted more as intentions or statements of commitments rather than as rules” - Cf. MILDA MACENAITE, *Protecting children's privacy online: a critical look to four European self-regulatory initiatives*, 2016, p. 9.

<sup>953</sup> Cf. JOS DE HAAN, [et al.], *Self-Regulation*, 2013, p. 127. Os autores analisam o compromisso, conformidade e eficácia de três iniciativas de autorregulação relacionadas com a segurança *online* das crianças: o sistema PEGI, os *Safer Social Networking Principles* e o *European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children*.

“Talvez Portugal não seja um bom exemplo para aferir da bondade e eficácia destas iniciativas já que o nosso principal problema não é a falta ou deficiência das regras existentes mas sim a falta de fiscalização e de efectivo respeito pelas regras a que, voluntariamente ou não, estamos obrigados”<sup>954</sup>

A autodisciplina é louvável, mas não pode ser referência única. Ao traduzir necessariamente os interesses dos profissionais, poderá ser eficaz em práticas comerciais flagrantemente desleais, mas isso – como bem aponta Oliveira Ascensão – “é pouco”, já que “o consumidor precisa de ter um ordenamento de referência. Esse ordenamento só pode ser o próprio.”<sup>955</sup>

E em matérias tão sensíveis como a proteção de menores, pelas dimensões apontadas ao longo do nosso trabalho, ainda mais concluímos que a autorregulação se afigura insuficiente, impondo-se um maior papel dos atores públicos, no incentivo ou financiamento de iniciativas de autorregulação<sup>956</sup> ou em verdadeiras políticas de *corregulação*.

Como o nome indica, a *corregulação* refere-se a uma combinação dos dois modos de regulação (regulação propriamente dita e autorregulação), ou seja, em que “a tarefa reguladora é repartida entre as autoridades estaduais e os operadores da indústria”.<sup>957</sup> Ao contrário da autorregulação, que habitualmente se apoia no quadro legal, mas não implica necessariamente a existência de qualquer ato legislativo, na *corregulação* “a existência de uma ação legislativa é essencial”<sup>958</sup>,

---

<sup>954</sup> Cf. LUÍS SILVEIRA RODRIGUES, *Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia*, 2003, p. 318.

<sup>955</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A sociedade digital e o consumidor*, 2004, p. 143.

<sup>956</sup> Cf. MILDA MACENAITE, *Protecting children's privacy online: a critical look to four European self-regulatory initiatives*, 2016, p. 15.

<sup>957</sup> Cf. SUSANA ALMEIDA, *A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional?*, 2012, p. 230.

<sup>958</sup> Tradução nossa. No original: “in the case of co-regulation, the existence of a legislative action is essential” - Cf. MERCEDES MUÑOZ SALDAÑA E VICTORINO GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *The Importance of Self-regulation and Co-regulation in the New Digital Audiovisual Market*, 2015, p. 108.

num processo que exige o envolvimento daqueles que serão afetados pelas medidas regulatórias e a supervisão de uma entidade externa ao setor, com possibilidade de intervenção estatal em caso de incumprimento.

Na Diretiva dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual, o legislador europeu enfatiza também esta indissociabilidade, ao sublinhar que enquanto a autorregulação constitui um complemento, mas não substitui o legislador nacional, já a corregulação “cria uma relação jurídica entre a autorregulação e o legislador nacional, de acordo com as tradições jurídicas dos Estados-Membros”<sup>959</sup>. E é esta corregulação do comportamento da indústria “sob os auspícios da legislação” que permite a essa mesma indústria operar com uma “autoridade reforçada”, ultrapassando algumas das limitações da autorregulação pura e dando também melhor resposta às preocupações dos consumidores.<sup>960</sup>

A propósito das redes sociais, Tiago Cecílio resume bem a questão com a teoria dos “estratos de proteção” interdependentes: um quadro legislativo forte, sustentado pela autorregulação, aliado a medidas tecnológicas e o fortalecimento dos conhecimentos e competências dos utilizadores, de modo particular os menores.<sup>961</sup> Esta mesma “abordagem em camadas” é referida por Frederica Casarosa quanto à privacidade das crianças, área propícia a este “mix regulatório” que inclui a regulação, instrumentos económicos, regulação privada (autorregulação, corregulação e outros mecanismos voluntários) e ainda estratégias de informação e educação.<sup>962</sup> E no setor dos *media*, a opção pela corregulação é

---

<sup>959</sup> Cf. Considerando 44 da Diretiva 2010/13/UE.

<sup>960</sup> Cf. SANDY BULMER E LYNNE EAGLE, *Perspectives From New Zealand On Advertising Self Regulation And Marketing Food To Children*, 2005, p. 13-14.

<sup>961</sup> Cf. TIAGO CECÍLIO, TERESA COELHO MOREIRA E ALEXANDRE SANTOS, *A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais*, 2016, p. 288.

<sup>962</sup> Cf. FEDERICA CASAROSA, *Child Privacy Protection Online: How to Improve It through Code and Self-Regulatory Tools*, 2010, p. 5 e 13.



considerada a que melhor se adequa ao nível de intervenção estadual necessário ao setor audiovisual.<sup>963</sup>

Trata-se no fundo, aproveitar a correlação entre *soft law* e *hard law*<sup>964</sup>, recolhendo da indústria a experiência e eficácia de atuação, mas conformada por um enquadramento legal e uma fiscalização isenta, com necessário envolvimento dos poderes públicos a quem compete a proteção dos consumidores menores de idade.



---

<sup>963</sup> Cf. MERCEDES MUÑOZ SALDAÑA E VICTORINO GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, *The Importance of Self-regulation and Co-regulation in the New Digital Audiovisual Market*, 2015, p. 109.

<sup>964</sup> Cf. JIM MURRAY, *Comments on Henning-Bodewig's and Bénoliel's contributions*, 1988, p. 262-263.

## **CONCLUSÕES (CAPÍTULO V)**

- i) Na experiência portuguesa, sobretudo no setor da publicidade, predominam instrumentos de autorregulação, reconhecidos pela sua voluntariedade, especialização, flexibilidade e celeridade e monitorizados por entidades dotadas de alguma autoridade social. Subsistem, no entanto, críticas e preocupações quanto à sua suficiência e eficácia, pelo natural predomínio dos interesses dos profissionais, falta de transparência e reduzida coercibilidade.
- ii) Já no setor da sociedade da informação, os instrumentos de autorregulação são esparsos e limitam-se, na sua maioria, à definição genérica de princípios e compromissos, assentes em redes informais de coalizão pouco estruturadas e sem mecanismos de controlo eficazes.
- iii) Em matéria de proteção dos menores concluímos que a autorregulação é insuficiente e deve ser encarada numa lógica de complementaridade, privilegiando-se as iniciativas de correção, com um quadro legislativo de referência e a possibilidade de intervenção estatal em caso de incumprimento.

## **CONCLUSÕES GERAIS**

### **1. Os menores podem ser qualificados como consumidores**

1.1. Os menores atuam de forma tripla no mercado de consumo: como sujeitos ativos, adquirentes de bens ou serviços; como sujeitos influenciadores das escolhas e compras do agregado familiar; e como futuros consumidores, visados por estratégias de fidelização das marcas. Face à publicidade, os menores são alvos específicos das mensagens publicitárias, mas também utilizados como intermediários, pela sua repercussão junto dos adultos.

1.2. Os menores podem ser qualificados como consumidores numa aceção mais estrita e contratual, enquanto adquirente de bens e serviços a um profissional, ao celebrar negócios jurídicos válidos que constituem uma exceção à sua incapacidade de exercício de direitos. Aqui se incluem negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, ao alcance da sua capacidade natural e que impliquem despesas de pequena importância.

1.3. Numa aceção mais ampla de consumidor, que extravasa o âmbito contratual, os menores são consumidores potenciais, expostos a práticas comerciais e destinatários da publicidade a eles dirigida ou que os atinge.

### **2. Os meios de comunicação social, incluindo as redes sociais, têm um impacto nos menores, que se estende às suas famílias e sociedade**

2.1. Os meios de comunicação desempenham uma função social, económica e cultural, com inexoráveis implicações na vida e tutela dos consumidores. A forma

como os menores são atingidos e afetados pela comunicação social e comercial é diversa da que ocorre com o público dos consumidores adultos. Por um lado, pelo número de horas de consumo televisivo e utilização da *internet*, os menores estão sujeitos a mais estímulos publicitários e comerciais e, por outro lado, enquanto pessoas em formação, não possuem ainda as competências cognitivas necessárias para a compreensão e decodificação de tais conteúdos comerciais, mormente se inclusos em conteúdos de entretenimento audiovisuais e digitais.

2.2. Os impactos da publicidade nos menores estão desde logo relacionados com os seus hábitos alimentares, de modo mais evidente a obesidade infantil e outras doenças relacionadas com uma alimentação pouco saudável e que conduzirão, no futuro, a problemas de saúde pública. Por outro lado, há uma relação causal entre as mensagens publicitárias e os conflitos familiares gerados quando os pedidos de aquisição dos menores aos pais não são correspondidos. A exposição dos menores à publicidade pode ter também consequências ao nível da adulteração de valores, em particular a propagação de valores consumistas e materialistas, comportamentos desviantes e situações de exclusão e *bullying* nos grupos em que os bens de consumo são fator de integração e socialização. Ademais, a comunicação comercial, quando veicula atitudes dissonantes dos valores positivos de convivência social, contribui para a erotização precoce, a violência e a criação ou manutenção de estereótipos ou discriminação.

2.3. O ciberespaço concretiza como que uma fusão das dimensões real e virtual da vida dos menores, de modo particular as redes sociais, onde os mais jovens vivem, se relacionam com os seus pares e projetam a sua personalidade, num fluído de informações que vai construindo a pegada digital do menor. Por outro lado, há uma diluição das esferas pública e privada, com desvalorização da intimidade, evidenciada na partilha de informações pessoais do menor pelos pais, pelo próprio menor e por terceiros.

2.4. No ambiente digital, é patente o aproveitamento comercial das informações recolhidas de e/ou sobre menores nas redes sociais, jogos *online* e aplicações móveis. A maioria destas plataformas inclui publicidade dissimulada e estratégias de personalização ou compras, com impacto subliminar e significativo no comportamento das crianças. Por outro lado, as aplicações direcionadas a crianças são das mais utilizadas para recolha de dados pessoais e definições de perfis por empresas, beneficiando do facto de o ambiente *online* ser menos regulado e mais propício à personalização da comunicação comercial.

### **3. Os menores são consumidores hipervulneráveis, o que impõe uma regulamentação específica**

3.1. O sistema de proteção do consumidor esteia-se na presunção da vulnerabilidade deste sujeito, do ponto de vista técnico, económico, jurídico e informativo. A assimetria informativa, aliada a práticas comerciais insidiosas, e à falta de educação para o consumo contribui para a debilidade dos consumidores no mercado. Os consumidores menores possuem uma dupla vulnerabilidade, conjugando a debilidade presumida aos consumidores em geral com a fragilidade inerente à menoridade. Enquanto pessoas em formação, em desenvolvimento biopsicológico, a forma como os menores são atingidos e afetados pelas práticas comerciais é diversa da que ocorre com o público dos consumidores adultos. Essa vulnerabilidade é particularmente evidente quando são vítimas de práticas que atentam contra o seu direito à informação ou a sua privacidade.

3.2. A tutela dos menores operada pelas regras civis, de natureza reativa (através da anulabilidade dos negócios jurídicos celebrados por menores, pela mão

dos seus representantes legais), não se adequa às práticas comerciais a montante do contrato de consumo, em que importa valorizar a prevenção.

3.3. No tocante aos menores, a regulamentação do ambiente digital importa a consideração de aspetos económicos e contratuais, mas também de desenvolvimento da personalidade e o enquadramento de desafios específicos com significativo impacto nas decisões de consumo dos menores, tais como a publicidade comportamental *online*, os influenciadores digitais, os prosumidores, os dados pessoais como contraprestação e os *advergames*.

3.4. Importa ainda integrar a disciplina da proteção de dados pessoais com o direito contratual, na medida em que a idade de consentimento digital pelo próprio menor para tratamento dos seus dados relativamente a serviços na sociedade da informação não coincide, em regra, com a idade necessária para a celebração de negócios jurídicos válidos. Em ambiente digital, em que a contratação é maioritariamente por adesão a cláusulas pré-dispostas pelos profissionais, é frequente a confusão entre o consentimento para vinculação contratual e o consentimento para tratamento de dados, a que se alia o deficiente conhecimento do conteúdo de tais cláusulas. Aquela integração assume especial relevância nos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais em que não existe um preço, mas em que o consumidor menor de idade faculta dados pessoais ao profissional, tais como jogos digitais, aplicações, redes sociais e partilha de vídeos.

#### **4. O sistema vigente (quer ao nível da regulação quer da autorregulação) não acautela de forma efetiva os interesses dos menores neste domínio**

4.1. Em Portugal, a regulamentação da posição do menor consumidor é escassa e dispersa por diferentes regimes jurídicos. Enquanto a lei de defesa do consumidor não inclui qualquer menção aos menores, a lei das práticas comerciais

desleais das empresas nas relações com os consumidores acentua o critério do consumidor médio e não desenvolve ou concretiza a referência à vulnerabilidade do consumidor em função da idade. Já o regime jurídico da publicidade, não obstante os desenvolvimentos mais recentes, continua a apresentar insuficiências quanto à diferenciação de faixas etárias e consideração das especificidades de certos objetos, suportes e conteúdos da publicidade infantojuvenil, como sejam os videojogos, redes sociais e *marketing* de influência.

4.2. O recente diploma nacional de transposição da nova Diretiva dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual colmatou algumas das lacunas que apontamos ao regime vigente em matéria de comunicação social, em que a figura dos consumidores era até então ausente. Foram incluídas as plataformas de partilha de vídeos, relativamente às quais o legislador estabeleceu restrições para proteção de crianças e jovens e de consumidores. Criticamos, todavia, a técnica de transposição da Diretiva, que resultou num diploma com falhas de organização, inteligibilidade e sistematização, quer internamente no próprio diploma quer no sistema jurídico nacional no seu conjunto.

4.3. Para além das fragilidades gerais do sistema de defesa do consumidor nacional, a responsabilidade dos meios de comunicação social e titulares de suportes publicitários, predominantemente de natureza contraordenacional, é pouco dissuasora. Propomos o incremento dos mecanismos de responsabilização pública (*accountability*), como a publicidade da sanção ou a suspensão da programação.

4.4. A autorregulação apresenta evidentes méritos como sejam o seu carácter voluntário, especializado e flexível, celeridade e eficácia e o facto de ser um elemento de uniformidade e simplificação do quadro legal. Em contraponto, favorece o corporativismo e nem sempre a componente ética destes sistemas consegue ultrapassar a falta de *accountability* e a ausência ou reduzida eficácia da componente punitiva. Em matéria de proteção de menores, a experiência de autorregulação no setor da publicidade e no setor da sociedade da informação é



muito diversa, já que enquanto na publicidade existem instrumentos mais consolidados e entidades reconhecidas que garantem alguma homogeneidade, na autorregulação aplicável aos serviços da sociedade da informação é patente a dispersão e falta de eficácia. Com exceção do Código de Conduta do sistema PEGI para videojogos, a maioria dos instrumentos de autorregulação para proteção dos menores *online* limita-se à definição genérica de princípios e compromissos e baseia-se em redes informais de cooperação sem efetivos mecanismos de controlo.

4.5. Em matéria de proteção dos menores concluímos que a autorregulação é insuficiente e advogamos por sistemas de corregulação em que as iniciativas da indústria sejam balizadas por um quadro legislativo de referência e a possibilidade de intervenção estatal em caso de incumprimento, bem como a valorização da educação para o consumo.

## **5. É necessário um estatuto jurídico integrado do menor, que o tutele como sujeito global**

5.1. A opção pela sistematização das normas de tutela do consumidor menor e sua agregação num estatuto único permitiria, na nossa perspetiva, alcançar os seguintes objetivos: dignificar a pessoa do menor e fomentar a responsabilidade coletiva no seu desenvolvimento integral; consolidar a afirmação do menor como sujeito autónomo com plenos direitos de cidadania, independentemente das responsabilidades parentais a ele relativas; reconhecer o menor como sujeito global de direitos, não só de natureza pessoal, mas também como sujeito económico e participante no mercado de consumo; e facilitar o conhecimento, interpretação e aplicação das normas legais tuteladoras da sua vulnerabilidade.

5.2. A Nova Agenda do Consumidor Europeu 2020-2025, que identifica como um dos domínios prioritários a resposta às necessidades específicas dos consumidores mais vulneráveis, e o pacote de diretivas em fase de transposição no âmbito da estratégia para o Mercado Único Digital são o contexto ideal para refletir sobre a construção de um estatuto jurídico do menor consumidor.



## **BIBLIOGRAFIA**

- ALANA - Por que a publicidade faz mal para as crianças. 2ª edição. Instituto Alana (Projecto Criança e Consumo), 2009. [Consult. 28.05.2015]. Disponível na WWW:<<http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/por-que-a-publicidade-faz-mal-para-as-criancas.pdf>>.
- ALARCÃO, Rui de - Globalização, Democracia e Direito do Consumidor. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 8**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007. ISBN 9788164603756. p. 17-27.
- ALCÂNTARA, Alessandra - A representação infantil sobre o brincar em ambiente virtual. In ALCÂNTARA, Alessandra; GUEDES, Brenda (orgs.) - **Comunicação e Infância: processos em perspectiva**. São Paulo: Pimenta Cultural, 2017. ISBN 978-85-66832-49-5.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de - **Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2548-9.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de - Negócio jurídico de consumo: caracterização, fundamentação e regime jurídico. **Boletim do Ministério da Justiça**. n.º 347, jun (1985), p.11-38.
- ALMEIDA, Susana - A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: panaceia para a inoperância do modelo regulador tradicional? **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. II, n.º #8, dezembro (2012), p.227-250.
- ALMEIDA, Susana - A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.149-175.
- ALPA, Guido - Gli utenti della TV : da oggetti a soggetti. **Il diritto dell'informazione e dell'informatica**. Vol. a.12, n.º 3, março-junho (1996), p.383-391.
- ALPA, Guido - **Il diritto dei consumatori**. Roma: Laterza, 1999. ISBN 88-420-5706-1.

- ALVES, João - A Intervenção Cível do Ministério Público na Defesa dos Consumidores - a Necessidade de Mudança. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] - **Liber Amicorum Mário Frota : a causa dos direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 321-334.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de - A aplicação do regime jurídico da publicidade ao sector da moda : algumas questões. In ABREU, Lígia Carvalho; COUTINHO, Francisco Pereira (coord.) - **Direito da Moda**. Lisboa: CEDIS Universidade Nova de Lisboa, 2019. ISBN 978-972-99399-7-6. Vol. I.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de - A personalização da comunicação comercial e o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados – perspetivas futuras. In GONÇALVES, Rubén Miranda; VEIGA, Fábio da Silva (dir.) - **Los Desafios Jurídicos a La Gobernança Global: uma perspectiva para los próximos siglos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2017. ISBN 978-85-63257-17-8. p. 57-66.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de - Comunicação Comercial e Direitos dos Consumidores: Desafios da Sociedade da Informação. **Revista de Direito Intelectual**, n.º 1 (2015), p.165-189.
- AMORIM, Ana Clara Azevedo de - **Manual de Direito da Publicidade**. Forte da Casa: Petrony Editora, 2018. ISBN 9789726852568.
- ANDI - **Infância e Comunicação: uma agenda para o Brasil**. Agência de Notícias dos Direitos da Infância, 2009. [Consult. 01.04.2015]. Disponível na WWW: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Infancia-e-comunicacao-uma-agenda-para-o-Brasil.pdf>.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 5**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. ISBN 9785164603755. p. 139-161.
- ANDRADE, Rui - Evolução dos direitos e deveres dos consumidores. In SANTOS, Ana Clara - **Educação do consumidor: elementos para a sua compreensão**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997. ISBN 972-9223-80-7. p. 53-94.

- ASCENSÃO, José de Oliveira - A sociedade digital e o consumidor. In FDUL - **Direito da Sociedade da Informação - Volume VIII**. Coimbra: Almedina, 2004. ISBN 9789723217100. p. 123-153.
- ASCENSÃO, José de Oliveira - Direito Civil e Direito do Consumidor. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 8**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007. ISBN 9788164603756. p. 29-49.
- ASCENSÃO, José de Oliveira - O anteprojeto do Código do consumidor e a publicidade. In LEITÃO, Luís Menezes (coord.) - **Estudos do Instituto do Direito de Consumo - Volume III**: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2947-4. p. 7-36.
- AZEVEDO, António Junqueira de - Responsabilidade pré-contratual no código de defesa do consumidor : estudo comparativo com responsabilidade pré-contratual no direito comum. **Revista da Faculdade de Direito, São Paulo**. ISSN 0303-9838. Vol. v.90, Jan.-Dez. (1995), p.121-132.
- AZEVEDO, Maíra Tardelli de - Publicidade Cidadã: como comunicar responsabilidade social empresarial. In GARCIA, Bruno Gaspar - **Responsabilidade Social das empresas - A contribuição das universidades, Volume III**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2004. ISBN 8575960334. p. 333-385.
- AZEVEDO, Mário Gabriel de Castro Nunes - Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 53, março (2008), p.56-88.
- BALATE, E. - Unfair advertising and comparative advertising: a fighting place for a new consumer policy (preliminary remarks). In BALATE, Eric - **Unfair advertising and comparative advertising = Publicité déloyale et publicité comparative : proceedings of the fifth European Workshop on Consumer Law held in Louvain-la-Neuve on September 25 and 26, 1986 = Actes du cinquième Séminaire Européen de Droit de la Consommation tenu à Louvain-la-Neuve les 25 et 26 septembre 1986**. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1988. ISBN 90-6439-488-1. p. 1-11.
- BARBIERI, Diovana - A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais dos Consumidores na Ordem Jurídica Portuguesa: pode-se/deve-se pensar

em eficácia horizontal directa? In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 8**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007. ISBN 9788164603756. p. 291-345.

BARBOSA, Mafalda Miranda - Podem os pais publicar fotografias dos filhos menores nas redes sociais? **Revista do Instituto do Conhecimento AB Instantia**. n.º a.3 n.5 (2015), p.319-339.

BAUDRILLARD, Jean - **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: Edições 70, 2005. ISBN 972-44-0776-4.

BEAUCHARD, Jean - Communicatque et responsabilité civile. In - **Le droit de la communicatque : actes du Colloque conjoint des Facultés de Droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal**: Thémis, 1992. ISBN 2-7111-2161-5. p. 119-129.

BEL MALLÉN, José Ignacio - Derecho a la intimidad personal, uso de cámaras ocultas y otras amenazas a los derechos personales. In CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto; COTINO HUESO, Lorenzo (dirs.) - **Libertad de expresión e información en Internet : amenazas y protección de los derechos personales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. ISBN 978-84-259-1561-1. p. 375-393.

BENJAMIN, António Herman V. - A repressão penal aos desvios do marketing. **Revista brasileira de ciências criminais**. Vol. a.2, n.º 6, Abr.-Jun. (1994), p.87-109.

BENOLIEL, Isabelle - La publicité télévisée: nouveaux défis et normes nouvelles. In BALATE, Eric - **Unfair advertising and comparative advertising = Publicité déloyale et publicité comparative : proceedings of the fifth European Workshop on Consumer Law held in Louvain-la-Neuve on September 25 and 26, 1986 = Actes du cinquième Séminaire Européen de Droit de la Consommation tenu à Louvain-la-Neuve les 25 et 26 septembre 1986**. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1988. ISBN 90-6439-488-1. p. 239-251.

BETTENCOURT, Margarida Almada - Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição? **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 50, junho (2007), p.160-176.

- BEZERRA, Lucas Augusto Martins - Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil: por que o tratamento de dados pessoais de adolescentes dispensa o consentimento parental? **Revista FIDES**. Vol. 11, n.º 2 (2021), p.335-351.
- BINNS, Reuben, [et al.] - Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem. **Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science**. (2018), p.23-31.
- BLUMLER, Jay G.; HOFMANN-RIEM, Wolfgang - Hacia una nueva responsabilidad pública en la televisión. In BLUMLER, Jay G. - **Television e interes publico**. Londres: Bosch, 1993. ISBN 84-7676-239-9. p. 277-289.
- BONINO, Emma - Forum europeu sobre a comunicação e a informação ao consumidor. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 5, março (1996), p.309-325.
- BOTANA GARCÍA, Gemma A. - Noción de consumidor en el derecho comparado. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 12, dezembro (1997), p.353-372.
- BOURGOIGNIE, Thierry - La publicité déloyale et la publicité comparative: jalons d'une réflexion (conclusions). In BALATE, Eric - **Unfair advertising and comparative advertising = Publicité déloyale et publicité comparative : proceedings of the fifth European Workshop on Consumer Law held in Louvain-la-Neuve on September 25 and 26, 1986 = Actes du cinquième Séminaire Européen de Droit de la Consommation tenu à Louvain-la-Neuve les 25 et 26 septembre 1986**. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1988. ISBN 90-6439-488-1. p. 277-287.
- BRITTO, Igor Rodrigues - Controle da publicidade infantil em Direito Comparado. **Revista Jus Navigandi**. Vol. ano 15, n.º 2711 (2010). [Consult. 22.05.2015]. Disponível na WWW: <<http://jus.com.br/artigos/17961>>.
- BRITTO, Igor Rodrigues - Crítica contra a publicidade infanto-juvenil brasileira. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 51, setembro (2007), p.64-116.
- BRITTO, Igor Rodrigues - Dever de informação nos contratos à distância e ao domicílio. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito**



**do Consumidor - N.º 7.** Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. ISBN 9787164603759. p. 477-517.

BRITTO, Igor Rodrigues - O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** ISSN 2237-1168. Vol. I, n.º #3, setembro (2011), p.107-130.

BULLINGER, Martin - Publicidad y programacion televisivas en el nuevo ordenamiento europeo de television. **Revista espanola de derecho constitucional.** Vol. a.10, n.º 3, Set-Dez (1990), p.27-39.

BULMER, Sandy; EAGLE, Lynne - Perspectives From New Zealand On Advertising Self Regulation And Marketing Food To Children. **ANZMAC 2005 Conference: Advertising/Marketing Communication Issues.** (2005), p.9-16. [Consult. 01.10.2020]. Disponível na WWW: <[https://www.academia.edu/16846724/Perspectives from New Zealand on Advertising Self Regulation and Marketing Food to Children](https://www.academia.edu/16846724/Perspectives_from_New_Zealand_on_Advertising_Self_Regulation_and_Marketing_Food_to_Children)>.

CALAIS-AULOY, Jean - Regard Critique sur L'harmonisation Européenne du Droit de la Consommation. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] - **Liber Amicorum Mário Frota : a causa dos direitos dos consumidores.** Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 311-319.

CALVERT, Sandra - Children as Consumers: Advertising and Marketing. **The Future of children / Center for the Future of Children, the David and Lucile Packard Foundation.** Vol. 18 (2008), p.205-234.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio - El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos. **Cuadernos de Derecho Transnacional- CDT.** ISSN 1989-4570. Vol. 3, n.º 1 (2011), p.84-117.

CAMPBELL, Angela J. - Self-Regulation and the Media. **Federal Communications Law Journal.** Vol. 51, n.º 3 (1999), p.711-771.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital - **Constituição da República Portuguesa - Anotada - Volume I - Artigos 1º a 107º.** 4ª edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1462-8.

- CAPUCHO, Fábio Jun - Publicidade infantil : necessidade de regulamentação específica? In LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues - **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7464-6. p. 623-644.
- CARDOSO, António - Uma perspectiva parental sobre a influência das crianças na compra de vestuário. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**. ISSN 1646-0502. n.º 2 (2005), p.162-190.
- CARDOSO, Elionora - **As práticas comerciais desleais: uma proteção nas relações com os consumidores ou uma limitação à livre concorrência e à liberdade contratual?** Universidade Autónoma de Lisboa: 2014. Tese de Doutoramento.
- CARDOSO, Luís Landerset - Políticas públicas e regulação no sector da publicidade. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 49, março (2007), p.79-93.
- CARTWRIGHT, Peter - The Vulnerable Consumer of Financial Services: Law, Policy and Regulation. (2011). [Consult. 10.12.2020]. Disponível na WWW: <<https://www.semanticscholar.org/paper/The-Vulnerable-Consumer-of-Financial-Services%3A-Law%2C-Cartwright/e6400a181b3ba3ba684f61fd567b96898f8ec313>>.
- CARVALHO, Alberto Arons de - A responsabilidade social da comunicação social. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito da Comunicação**. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 2002. ISBN 972-98462-1-9. p. 19-26.
- CARVALHO, Alberto Arons de; CARDOSO, António Monteiro; FIGUEIREDO, João Pedro - **Direito da Comunicação Social**. Texto Editora, 2012. ISBN 978972474472.
- CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza - A Categoria Jurídica de ‘Consumidor-Criança’ e sua Hipervulnerabilidade no Mercado de Consumo Brasileiro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. V, n.º #17, março (2015), p.207-230.
- CARVALHO, Jorge Morais - Desafios do Mercado Digital para o Direito do Consumo. In CEJ - **Direito do Consumo 2015-2017**. Lisboa: Centro de

Estudos Judiciários (2018), p.109-123. Disponível na WWW: <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb\\_DrtoConsumo\\_2015\\_2017.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_DrtoConsumo_2015_2017.pdf)>.

CARVALHO, Jorge Morais - **Manual de Direito do Consumo**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6904-3.

CARVALHO, Jorge Morais - **Manual de Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 987-972-40-5377-6.

CARVALHO, Jorge Morais; TEIXEIRA, Micael Martins - Duas presunções que não são presunções: a desconformidade na venda de bens de consumo em Portugal. **Revista de Direito do Consumidor**. Vol. 27, n.º 115 (2018), p.311-330.

CARVALHO, Jorge Morais - Venda de Bens de Consumo e Fornecimento de Conteúdos e Serviços Digitais – As Diretivas 2019/771 e 2019/770 e o seu Impacto no Direito Português. **Revista Electrónica de Direito**. ISSN 21829845. Vol. 20, n.º 3 (2019), p.63-87.

CARVALHO, Maria Miguel Morais de - O conceito de publicidade enganosa. In FDUC - **Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1545-8. p. 675-706.

CASAROSA, Federica - Child Privacy Protection Online: How to Improve It through Code and Self-Regulatory Tools. **SSRN Electronic Journal**. (2010). [Consult. 30.10.2020]. Disponível na WWW: <<https://ssrn.com/abstract=1561570>>. ISSN 1556-5068.

CASTRO, Catarina Sarmiento e - **Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2424-5.

CECÍLIO, Tiago; MOREIRA, Teresa Coelho; SANTOS, Alexandre - A protecção dos menores na sociedade da informação: desafios criados pelas redes sociais. **Scientia Iuridica**. Vol. LXV, n.º 341 (2016), p.259-289.

CHAMPAGNE, Gilles - Publicité télévisée et droit de l'audiovisuel en France. In - **Le droit de la communicatque : actes du Colloque conjoint des Facultés de Droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal**: Thémis, 1992. ISBN 2-7111-2161-5. p. 305-332.

- CHAVES, Rui Moreira - **Código da Publicidade anotado**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724024615.
- CHAVES, Rui Moreira - **Regime Jurídico da Publicidade**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 972-40-2590-X.
- COLANGELO, Giuseppe; MAGGIOLINO, Mariateresa - From fragile to smart consumers: Shifting paradigm for the digital era. **Computer Law & Security Review**. ISSN 02673649. Vol. 35, n.º 2 (2019), p.173-181.
- CONDESSO, Fernando dos Reis - **Direito da Comunicação Social - Lições**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 9789724032047.
- CORREIA, Cosete; SANTOS, Mário Beja - A informação e a educação do consumidor. In SANTOS, Ana Clara - **Educação do consumidor: elementos para a sua compreensão**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997. ISBN 972-9223-80-7. p. 155-190.
- CORREIA, Fernando - Entre a deontologia e o mercado: a crise do profissionalismo jornalístico. **Revista do Ministério Público**. Vol. 22, n.º 86, Abr.-Jun. (2001), p.43-55.
- CORREIA, José Macário - **Um novo desafio: a defesa dos consumidores**. Lisboa: Secretaria de Estado do Ambiente e Defesa do Consumidor, 1990. ISBN 972-601-054-3.
- CORREIA, Luís Brito - **Direito da Comunicação Social - Vol. I**. Coimbra: Almedina, 2005. ISBN 9789724014005.
- CPMCS - Resumo da posição da Confederação Portuguesa dos Meios de Comunicação Social sobre o anteprojecto do Código do consumidor. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 49, março (2007), p.38-39.
- CRUZ, Rossana Martingo - A criança no (admirável?) mundo novo das redes sociais. In CALHEIROS, Clara [et al.] (coord.) - **Direito na lusofonia: direito e novas tecnologias**. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018. ISBN 978-989-99766-5-8. p. 451-458.

- CURRAN, James; SEATON, Jean - **Imprensa, rádio e televisão: poder sem responsabilidade**. Tradução de Maria Lurdes Fernandes. Lisboa: Instituto Piaget (Epistemologia e sociedade 167), 1997. ISBN 972-771-396-3
- DANJAUME, Géraldine - La responsabilité du fait de l'information **La semaine Juridique. Doctrine**. Vol. I. - Doctrine - 3895, n.º Éd. G, n.º 1 (1996), p.5-12.
- DEJEMEPPE, Benoit - La responsabilité pénale. In STROWEL, Alain; TULKENS, François - **Prévention et réparation des préjudices causés par les médias**. Bruxelles Larcier, 1998. ISBN 2-8044-0407-2.
- DERIEUX, Emmanuel - **Droit européen et international des médias**. Paris: L.G.D.J., 2003. ISBN 2-275-02295-3
- DINIS, Marisa - O Direito à Informação – Consequências em Caso de Preterição dos Deveres de Informação. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #16, dezembro (2014), p.87-122.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes - A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Óscar Saraiva**. Vol. 12, n.º 1, jan./jun. (2000), p.63-75.
- BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de - Publicidade Ilícita e Influenciadores Digitais: Novas Tendências da Responsabilidade Civil. **Revista IBERC**. ISSN 2595-976X. Vol. 2, n.º 2 (2019).
- DOMURATH, Irina - The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law – An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law. **Journal of European Consumer and Market Law**. Vol. 2, n.º 3 (2013), p.124-137.
- DOUAOUI, Malika-Diana - La réparation du trouble médiatique. **Recueil Le Dalloz**. Vol. Chroniques, n.º 17 - 26avril (2001), p.1333-1339.
- DREYER, Emmanuel - Disparition de la responsabilité civile en matière de presse **Recueil Dalloz**. Vol. Chronique, n.º 20 - 18mai (2006), p.1337-1342.

- DUARTE, Paulo - O conceito jurídico de consumidor, segundo o art. 2º/1 da lei de defesa do consumidor. **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 75 (1999), p.649-703.
- DUARTE-MELO, Ana - Autorregulação publicitária em Portugal: os interesses da indústria e dos consumidores em convergência? **Revista Mediterránea de Comunicación/Mediterranean Journal of Communication**. ISSN 1989-872X. Vol. 10, n.º 2 (2019), p.131-146.
- EFIGÉNIA, Ana Sílvia Falcão Mestre - O princípio “comply or explain” e a “Soft law”. **Revista Electrónica de Direito**. ISSN 2182-9845. n.º 1 (2015), p.1-33.
- EFING, Antônio Carlos - Direito do Consumo e Direito do Consumidor: reflexões oportunas. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. I, n.º #1, março (2011), p.103-120.
- ESPÍN ALBA, Isabel - Contrato de suministro de contenidos y servicios digitales en la Directiva 2019/770/UE: datos, consumidores y "prosumidores" en el mercado único digital. **Revista de Derecho Privado**. ISSN 2695-7264. n.º 6 (2020), p.3-37.
- EUROPEAN COMMISSION - **Consumer vulnerability across key markets in the European Union - Final report**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016a. ISBN 978-92-9200-703-4.
- EUROPEAN COMMISSION - **Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behaviour**. 2016b. ISBN 978-92-9200-707-2.
- FALCÃO, David - **Lições de Direito do Consumo**. Coimbra: Almedina, 2019. ISBN 978-972-40-8094-9.
- FALCÃO, Pedro - WAP Billing: problemas e soluções. **Estudos de Direito do Consumidor**. ISSN 1646-0375. Vol. 14 (2018), p.383-413.
- FARINHA, Isabel - A Escola como canal de mídia e de consumo. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.185-205.



- FAZENDEIRO, Ana - "Redes sociais", espaço à margem da lei? **Revista do Instituto do Conhecimento AB Instantia**. n.º a.1 n.1 (2013), p.99-111.
- FILOMENO, José Geraldo Brito - O código de proteção ao consumidor no Brasil e a regulamentação publicitária : aspectos penais. **Revista do Advogado**. n.º 33, dez. (1990), p.35-47
- FISCILETTI, Rossana Marina De Seta - Vulnerabilidade Infantil na Era Digital: Os Youtubers e a Prática Abusiva do Unpacking. In SOUZA, Arthur de Brito Gueiros, [et al.] - **Estudos em homenagem ao professor Carlos Eduardo Japiassú**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. ISBN 978-85-93741-71-5. p. 595-609.
- FONSECA, Maria Ana Cabral Sacadura Alexandre da - **Do consumidor médio: reflexões em torno do conceito**. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2012. Dissertação de mestrado.
- FONTAÍNHAS, Emília Golim; ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; ALMEIDA, José Bacelar - Do consentimento para a utilização de testemunhos de conexão (cookies). **Scientia Iuridica**. Vol. LXV, n.º 341 (2016), p.173-206.
- FRANCO, Denise Sirimarco - **A publicidade no Instagram feita por digital influencers à luz da boa-fé objetiva e do dever de informação**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Pós-Graduação.
- FRIC, Agathon - Access of Evil? Legislating Online Youth Privacy in the Information Age. **Canadian Journal of Law and Technology**. Vol. 12 (2014), p.141-170.
- FROTA, Ângela Maria Marini Simão Portugal - A educação e a formação como via para a afirmação da cidadania. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 30, junho (2002), p.9-18.
- FROTA, Ângela; FREITAS, Cristina Rodrigues de; MADEIRA, Teresa - **Das acções colectivas em Portugal**. Direcção-Geral do Consumidor, 2007. ISBN 978-972-8715-31-1.
- FROTA, Mário - **A Publicidade Infanto-Juvenil - Perversões e Perspectivas**. Juruá Editora, 2007. ISBN 9788536213972.



- FROTA, Mário - A União Europeia e a educação do consumidor. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 36, dezembro (2003), p.87-103.
- FROTA, Mário - Consumer protection in the world. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 10, junho (1997), p.37-47.
- FROTA, Mário - Do Regime Jurídico do Crédito ao Consumidor na União Europeia e Seus Reflexos em Portugal: a inversão do paradigma. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. I, n.º #1, março (2011), p.43-77.
- FROTA, Mário - Informação deficiente, ambígua e errónea aos consumidores é sinónimo de mau serviço prestado à cidadania. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 10, junho (1997), p.73-77.
- FROTA, Mário - O Tratado de Amsterdão e a tutela dos direitos do consumidor. **Revista do Consumidor**. n.º 21, dez. (1998), p.12-15.
- FUSI, Maurizio - **La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici**. Milão: Giuffrè, 1970.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa María - Bases jurídicas relevantes del tratamiento de datos personales en la contratación de contenidos y servicios digitales. **Cuadernos de Derecho Transnacional**. ISSN 1989-4570. Vol. 12, n.º 1 (2020), p.875-907.
- GARCÍA PÉREZ, Rosa María - La protección de datos de carácter personal del consumidor en el mercado único digital. **Revista de Derecho Mercantil**. n.º 301 (julio-septiembre 2016) (2016), p.199-251.
- GARCÍA RUBIO, María Paz - Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho. **Boletín del Ministerio de Justicia**. ISSN 0211-4267. Vol. Año 66, n.º 2141 (2012), p.2-14.
- GARCIA, Sara Fernandes - **As Práticas Comerciais Desleais: Uma Visita Guiada pelo Regime Português**. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2014. Dissertação de Mestrado.

- GARSON, Samy - A Responsabilidade Decorrente da Veiculação da Peça Publicitária. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 6**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2004), p.453-511. ISSN 9787164603759.
- GIL ANTÓN, Ana María - El fenómeno de las redes sociales y los cambios en la vigencia de los derechos fundamentales. **Revista de derecho UNED**. n.º 10 (2012).
- GIL ANTÓN, Ana María - **Privacidad del menor en Internet? : «me gusta» todas las imágenes de «mis amigos» a mi alcance con un simple «click»!!!** : Thomson Reuters Aranzadi, 2015. ISBN 978-84-9098-118-4.
- GOMES, Carla Amado - O direito à privacidade do consumidor – A propósito da Lei 6/99, de 27 de Janeiro. **Revista do Ministério Público**. ISSN 0870-6107. Vol. 77, n.º Separata (1999), p.89-103.
- GÓMEZ GARCÍA, Carlos Andrés ; MUÑOZ CORTINA, Silvia Helena - Fundamentos para la protección del consumidor frente a la publicidad engañosa. **Estudios de Derecho**. ISSN 0120-1867. Vol. a.66, segunda época, v.65, n.º 145, junho (2008), p.259-287.
- GONÇALVES, Maria Eduarda; GAMEIRO, Maria Inês - Hard Law, Soft Law and Self-regulation: Seeking Better Governance for Science and Technology in the EU. **DINÂMIA'CET-IUL Working Paper n.º 2011/18**. (2011).
- GONÇALVES, Tamara Amoroso - A regulamentação da publicidade dirigida a crianças: um ponto de encontro entre o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.121-147.
- GOYENS, Monique - Consumer in a single european market: what challenge for the EC agenda? **Common market law review**. Vol. 29, n.º 1, fevereiro (1992), p.71-92.
- GUARDIOLA SALMERÓN, Miriam - Menores y nuevas tecnologías: los nuevos retos en el sector legal en España. **La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores**. ISSN 2341-0566. n.º 14 (2017), p.3-16.

- HAAN, Jos de, [et al.] - Self-Regulation. In O'NEILL, Brian; STAKSRUD, Elisabeth; MCLAUGHLIN, Sharon - **Towards a better internet for children: policy pillars, players and paradoxes**. III: Nordicom, 2013. ISBN 978-9186523725. p. 111-129.
- HARLAND, David - The consumer in the globalized information society - the impact of the international organizations. In WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli - **Consumer law in the information society**. The Hague: Kluwer Law International, 2000. ISBN 90-411-9811-3. p. 3-29.
- HELBERGER, N., [et al.] - Digital Content Contracts for Consumers. **Journal of Consumer Policy**. ISSN 1573-0700. Vol. 36, n.º 1 (2012), p.37-57.
- HENRIQUES, Isabella - A violência no âmbito da publicidade voltada ao público infantil. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.177-183.
- HIGA, Flávio da Costa - Publicidade infantil e a necessidade de regulamentação específica. In LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues - **Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo Editora Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-7464-6. p. 601-622.
- HIPPEL, Eike von - Defesa do consumidor. **Boletim do Ministério da Justiça**. n.º 273, fev. (1978), p.5-37.
- HOF, Simone van der - I Agree... Or Do I? A Rights-Based Analysis of the Law on Children's Consent in the Digital World. **Wisconsin International Law Journal**. Vol. 34, n.º 2 (2017), p.409-445.
- HORN, Luiz Fernando Del Rio; MAIA, Selmar José - A hipervulnerabilidade da criança e do adolescente na publicidade de massa e a formulação de políticas públicas protetivas. In PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio - **Relações de Consumo: Políticas Públicas**. 6ª edição - internacional. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2015. ISBN 978-85-88512-64-1. p. 115-134.
- HOWELLS, Geraint; TWIGG-FLESNER, Christian; WILHELMSSON, Thomas - **Rethinking EU Consumer Law**. London: Routledge, 2018. ISBN 978-1-315-16483-0.

- HUALDE MANSO, Teresa - **Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo**. Madrid: Dykinson, 2016. ISBN 978-84-9085-926-1.
- IAC - A Criança e o Consumismo. **InfoCEDI: Boletim do Centro de Estudos, Documentação e Informação sobre a Criança do Instituto de Apoio à Criança**. ISSN 1647-4163. n.º 37, Novembro-Dezembro (2011).
- JARAMILLO, Óscar - El futuro de la vida pública y privada en las redes sociales. In CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto ; COTINO HUESO, Lorenzo (dirs.) - **Libertad de expresión e información en Internet : amenazas y protección de los derechos personales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. ISBN 978-84-259-1561-1. p. 395-413.
- JARNE MUÑOZ, Pablo - El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho del consumo derivado del mercado digital. **Revista CESCO de Derecho de Consumo**. n.º 19 (2016), p.41-51.
- JASMONTAITE, Lina; DE HERT, Paul - The EU, children under 13 years, and parental consent: a human rights analysis of a new, age-based bright-line for the protection of children on the Internet. **International Data Privacy Law**. ISSN 2044-3994. Vol. 5, n.º 1 (2015), p.1-14.
- JOSÉ, Pedro Quartin Graça Simão; BETTENCOURT, Margarida Almada - **Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia**. Lisboa: Instituto do Consumidor - Centro Europeu do Consumidor, 2003. ISBN 972-8715-14-5.
- JUNIOR, Álvaro Rodrigues - A responsabilidade civil dos apresentadores de programas de rádio e televisão pela publicidade enganosa ou abusiva. **Revista Jus Navigandi**. Vol. ano 9, n.º 233 (2004). [Consult. 25.05.2015]. Disponível na WWW: <<http://jus.com.br/artigos/4904>>.
- JÚNIOR, Seiiti Arata - Regulação tecnológica e jurídica das redes sociais (sociais networks). **Revista da Faculdade de Direito**. Vol. 100 (Jan.-Dez.2005) (2005), p.617-646.
- KAPROU, Eleni - The current legal definition of vulnerable consumers in the UCPD: benefits and limitations of a focus on personal attributes. (2019).

[Consult. 16.03.2021]. Disponível na WWW:  
<<https://bura.brunel.ac.uk/handle/2438/19635>>.

KARAGEORGIADIS, Ekaterine - Lanches Acompanhados de Brinquedos: Comunicação Mercadológica Abusiva Dirigida à Criança e Prática de Venda Casada. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.11-39.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary - **Princípios de marketing**. 7ª edição. Rio de Janeiro: LTC, 1999. ISBN 85-216-1169-2.

KUNEVA, Meglena - Discurso na conferência "Que informação para o consumidor?". **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 54, junho (2008), p.123-126.

LATZER, Michael; SAURWEIN, Florian; SLOMINSKI, Peter - Regulation Remixed: Institutional Change through Self and Co-Regulation in the Mediamatics Sector. **Communications and Strategies**. n.º 50 (2003), p.127-157.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; BARBOSA, Raíssa Alencar de Sá - A publicidade infantil e a regulação da publicidade de alimentos de baixo teor nutricional. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.41-59.

LEITÃO, Adelaide Menezes - A publicidade no Anteprojecto do Código do consumidor. In LEITÃO, Luís Menezes (coord.) - **Estudos do Instituto do Direito de Consumo - Volume III**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2947-4. p. 135-146.

LEITÃO, Adelaide Menezes - Publicidade na rede. In FDUL - **Direito da Sociedade da Informação - Volume VIII**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 9789723217100. Vol. VIII, p. 263-279.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - A protecção do consumidor contra as práticas comerciais desleais e agressivas. **O Direito**. Vol. a.134-135 (2003), p.69-85.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes - As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) - **Liber Amicorum Mário Frota : a causa dos direitos dos**

**consumidores.** Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 369-386.

LEITÃO, Luís Menezes - Os testemunhos de conexão (*cookies*). In **FDUL - Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles - 90 anos.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 763-774.

LIMBERGER, Têmis - Da evolução do direito a ser deixado em paz à protecção dos dados pessoais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.** ISSN 1645-1430. Vol. Ano VIII (2011), p.267-292.

LIVINGSTONE, Sonia; ÓLAFSSON, Kjartan; STAKSRUD, Elisabeth - Risky social networking practices among “underage” users: Lessons for evidence-based policy. **Journal of Computer-Mediated Communication** n.º 18 (2013), p.303–320.

LIZ, Jorge Pegado - Algumas Reflexões a Propósito do Direito dos Consumidores à Informação. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] - **Liber Amicorum Mário Frota : a causa dos direitos dos consumidores.** Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 335-353.

LIZ, Jorge Pegado - **Introdução ao Direito e à Política de Consumo.** Lisboa: Editorial Notícias, 1999. ISBN 972-46-1000-4.

LIZ, Jorge Pegado - O Enquadramento Legal da Publicidade Infanto-Juvenil na UE: Presente e Futuro. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.** ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.83-119.

LIZ, Jorge Pegado - Que informação para os consumidores? **Revista Portuguesa de Direito do Consumo.** ISSN 0873-9773. n.º 54, junho (2008), p.127-140.

LÔBO, Paulo Luiz Netto - A informação como direito fundamental do consumidor. In - **Estudos do Direito do Consumidor.** Coimbra, 2001. ISBN 972-98463-2-4. Vol. N.º 3, p. 23-45.

LÔBO, Paulo Luiz Netto - A informação como direito fundamental do consumidor. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos do Direito do Consumidor - N.º 3.** Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001. ISBN 972-98463-2-4. p. 23-45.



- LÓPEZ HERRERA, Edgardo Santiago - Responsabilidad Civil de los medios de prensa. **Revista jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**. n.º 32 (1998), p.105-166.
- LORENTE LÓPEZ, María Cristina - La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las nuevas tecnologías. **Revista Aranzadi Doctrinal**. n.º 2 febrero (2015), p.207-222.
- MACENAITE, Milda - Protecting children's privacy online: a critical look to four European self-regulatory initiatives. **European Journal of Law and Technology**. Vol. 7, n.º 2 (2016).
- MACENAITE, Milda; KOSTA, Eleni - Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps? **Information & Communications Technology Law**. ISSN 1469-8404. Vol. 26, n.º 2 (2017), p.146-197.
- MADALENO, Cláudia - Informação e Publicidade. Em especial, a Publicidade de Produtos Financeiros. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] - **Liber Amicorum Mário Frota : a causa dos direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 61-101.
- MALGIERI, Gianclaudio; NIKLAS, Jędrzej - Vulnerable Data Subjects. **Computer Law and Security Review**. ISSN 0267-3649. Vol. 37, n.º 105415 (2020).
- MANTECA VALDELANDE, Víctor - El consumidor menor de edad y su estatuto legal. **Distribución y Consumo**. n.º 89 Septiembre-October 2006 (2006).
- MARIN LOPEZ, Manuel Jesus - El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. **Revista CESCO de Derecho de Consumo**. ISSN 2254-2582. n.º 37 (2021), p.111-120.
- MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço - **Direito da Informática**. 2ª edição, refundida e actualizada. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 972-40-2859-3.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio - **La publicidad: su incidencia en la contratación**. Madrid: Dykinson, 2003. ISBN 8497720008.



- MARTÍNEZ OTERO, Juan María - Un nuevo marco regulador para el sector audiovisual en Europa: la Directiva 2018/1808 en el contexto de la convergencia mediática y el mercado único digital. **Revista de Derecho Comunitario Europeo**. ISSN 19895569. n.º 63 (2019), p.537-571.
- MARTÍNEZ RODRIGO, Estrella ; SÁNCHEZ MARTÍN, Lourdes - Comunicación entre menores y marcas en las redes sociales. **Estudios sobre el mensaje periodístico**. ISSN 1134-1629. Vol. 12, n.º especial noviembre (2012), p.589-598.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M.; SANCHO LÓPEZ, Marina - El nuevo concepto de onerosidad en el mercado digital. ¿Realmente es gratis la App? **InDret - Revista para el Análisis del Derecho**. ISSN 1698-739X. n.º 1 (2018), p.1-36.
- MARTORELL, Cristina; ROM, Josep A. - La cara oculta de los advergames. La explotación crítica de un nuevo recurso de la publicidad. **Questiones Publicitarias**. ISSN 1988-8732. n.º 16 (2011), p.24-39.
- MATOS, Francisco José Soller de - Reflexões sobre a educação ambiental e consumo. **JURIS - Revista da Faculdade de Direito (Universidade Federal do Rio Grande)**. ISSN 1413-3571. Vol. 11, n.º Edição comemorativa 45 anos Direito/FURG (2005), p.239-246.
- MATTOS, Ubiratan - O controle da publicidade no código de defesa do consumidor. **Revista do Advogado**. n.º 33, dez. (1990), p.57-62.
- MCCULLAGH, Karen - The General Data Protection Regulation: A Partial Success for Children on Social Network Sites? In BRÄUTIGAM, Tobias; MIETTINEN, Samuli (edit.) - **Data Protection, Privacy and European Regulation in the Digital Age**. Helsínquia 2016. ISBN 978-951-51-2530-9. p. 110-139.
- MEIRIM, José Manuel - A Constituição da República e os Consumidores. **Revista do Ministério Público**. ISSN 0870-6107. Vol. Ano 11, n.º 44 (1990), p.181-188.
- MELO, António M. Barbosa de - Aspectos jurídico-públicos da protecção dos consumidores. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 5**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo

da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. ISBN 9785164603755. p. 23-41.

MESQUITA, Mário - Percepções contemporâneas do poder dos *media*. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito da Comunicação**. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação, 2002. ISBN 972-98462-1-9. p. 107-133.

MIRANDA, Ana - A espantosa realidade das coisas e a minha descoberta de todos os dias. In SANTOS, Ana Clara - **Educação do consumidor: elementos para a sua compreensão**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997. ISBN 972-9223-80-7. p. 7-18.

MOINY, Jean-Philippe - Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données. **Revue européenne de droit de la consommation**. ISSN 0775-3209. n.º 2 (2010), p.235-272.

MONIZ, Helena - Direito de resposta: limite à liberdade de imprensa ou protecção do consumidor? **Boletim da Faculdade de Direito**. Vol. 72 (1996), p.273-313.

MONTEIRO, António Pinto - A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**. ISSN 0870-8487. Vol. a.139, n.º 3961, Mar.-Abr. (2010), p.221-235.

MONTEIRO, António Pinto - Breve nótula sobre a protecção do consumidor na jurisprudência constitucional portuguesa. In MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang - **Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado**. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 978-972-40-3246-7. p. 293-304.

MONTEIRO, António Pinto - Discurso na sessão solene de abertura do Congresso Internacional sobre "Comunicação e Defesa do Consumidor". In **IJC - Comunicação e defesa do consumidor : actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993**. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996. p. 43-48.

MONTEIRO, António Pinto - Do direito do consumo ao código do consumidor. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor**

- N.º 1. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999. ISBN 9789729846304. p. 201-214.

MONTEIRO, António Pinto - Sobre o direito do consumidor em Portugal e o Anteprojecto do Código do consumidor. In LEITÃO, Luís Menezes (coord.) - **Estudos do Instituto do Direito de Consumo - Volume III**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2947-4. p. 37-55.

MONTERO, Etienne - La responsabilité civile des médias. In STROWEL, Alain; TULKENS, François - **Prévention et réparation des préjudices causés par les médias**. Bruxelles: Larcier, 1998. ISBN 2-8044-0407-2.

MORAES, Márcia Amaral Corrêa de - O Impacto da Mídia Publicitária e Relacional na Formação de Consumidores Jovens e Adultos. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. II, n.º #7, setembro (2012), p.95-112.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta - La Protección Jurídica de los Menores ante la Publicidad: Una visión común de España y Portugal. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. III, n.º #10, junho (2013), p.125-152.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta - La Publicidad Infanto-Juvenil en España. **Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo**. ISSN 2237-1168. Vol. IV, n.º #14, junho (2014), p.61-81.

MUELA MOLINA, Clara - La publicidad en Internet: situación actual y tendencias en la comunicación con el consumidor. **Zer - Revista de Estudios de Comunicación**. ISSN 1137-1102. Vol. 13, n.º 24 (2008), p.183-201.

MUÑOZ SALDAÑA, Mercedes; GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, Victorino - The Importance of Self-regulation and Co-regulation in the New Digital Audiovisual Market. **Observatorio (OBS\*) Journal**. Vol. 9, n.º 1 (2015), p.101-114.

MURRAY, Jim - Comments on Henning-Bodewig's and Bénoliel's contributions. In BALATE, Eric - **Unfair advertising and comparative advertising = Publicité déloyale et publicité comparative : proceedings of the fifth European Workshop on Consumer Law held in Louvain-la-Neuve on September 25 and 26, 1986 = Actes du cinquième Séminaire Européen de Droit de la Consommation tenu à Louvain-la-Neuve les 25 et 26**

**septembre 1986** Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1988. ISBN 90-6439-488-1. p. 261-263.

NEDEL, Nathalie Kuczura - Publicidade Ilícita: as celebridades que dela fazem parte. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal Santa Maria**. ISSN 1981-3694 Vol. 4, n.º 2 (2009).

NERY, Fernando Loschiavo - A autopublicização e a interatividade dos usuários nas redes sociais à luz do direito a privacidade. In MIRANDA, Jorge; ALVIM, Thereza (coord.); MACHADO, Alessandra Monteiro [et al.] (org.) - **Diálogos em direito: uma abordagem sobre a transdisciplinaridade entre o direito constitucional e o direito civil**. Lisboa: AAFDL, 2015. ISBN 978-972-629-055-1.

NOTTET, Aurélie - **Le consommateur mineur. Analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable**. Université de Liège, Belgique, 2012.

NOUWENS, Midas, [et al.] - Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence. **Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems**. (2020), p.1-13.

OECD - Protecting children online: An overview of recent developments in legal frameworks and policies. **OECD Digital Economy Papers**. ISSN 20716826. n.º 295 (2020).

OECD - The Protection of Children Online: Risks Faced by Children Online and Policies to Protect Them. **OECD Digital Economy Papers**. ISSN 20716826. n.º 179 (2011).

OLIVEIRA, Elsa Dias - Práticas Comerciais Proibidas. In LEITÃO, Luís Menezes (coord.) - **Estudos do Instituto de Direito do Consumo - Volume III**. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 978-972-40-2947-4. p. 147-173.

OLIVEIRA, Fernando Baptista de - Do conceito de consumidor: algumas questões e perspectivas de solução. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 8**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2007. ISBN 9788164603756. p. 467-557.

- OLIVEIRA, Fernando Baptista de - **O conceito de consumidor: perspectivas nacional e comunitária**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3868-1.
- OLIVEIRA, Josinaldo Leal de - A função social da celebridade. **Revista Jus Navigandi**. Vol. ano 14, n.º 2071 (2009). [Consult. 25.05.2015]. Disponível na WWW: <<http://jus.com.br/artigos/12404>>.
- PASSINHAS, Sandra - O lugar da vulnerabilidade no Direito do Consumidor português. **Estudos de Direito do Consumidor**. ISSN 1646-0375. n.º 15 (2019), p.255-311.
- PEREIRA, Alexandre Dias - Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 7**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. ISBN 9787164603759. p. 341-378.
- PEREIRA, Alexandre L. Dias - Os direitos do consumidor de conteúdos e serviços digitais segundo a Diretiva 2019/770. **RED — Revista Electrónica de Direito**. Vol. 21, n.º 1 (2020), p.135-149.
- PEREIRA, J. Silva - **Educar e formar o consumidor (Estudos 3)**. Lisboa: Instituto Nacional de Defesa do Consumidor, 1986.
- PEREIRA, Sara; PINTO, Manuel; PEREIRA, Eulália - **A Televisão e as Crianças - Um ano de programação na RTP 1, RTP2, SIC e TVI**. Entidade Reguladora para a Comunicação Social, 2009.
- PICARD, Robert G. - Audiências, consumidores e cidadãos: implicações das mudanças nas relações dos operadores de serviço público. **Alicerce**. ISSN 1645-7943. n.º 4, março (2011), p.33-38.
- PINTO, Manuel - **O papel dos media na promoção da democracia e dos indivíduos na sociedade da informação**. Contributo solicitado pela Direcção da SOPCOM, em resposta à auscultação feita pelo Instituto de Comunicação Social em ordem à elaboração de um documento sobre o tema no quadro do Conselho da Europa. 20.01.2003. Centro de Estudos de Comunicação e Sociedade da Universidade do Minho, 2003. [Consult. 26.05.2015]. Disponível na WWW: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/999>>.

- PINTO, Manuel [et al.] - **Educação para os *Media* em Portugal: experiências, actores e contextos**. Entidade Reguladora para a Comunicação Social, 2011. ISBN 978-989-20-2368-7.
- PINTO, Paulo Mota - **Direito da Publicidade (Apontamentos das aulas do ano lectivo 1999/2000)**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo/Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.
- PISUKE, Heiki - The influence of social reforms and the information society on consumers in a transition economy. In WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli - **Consumer law in the information society**. The Hague: Kluwer Law International, 2000. ISBN 90-411-9811-3. p. 31-44.
- PRIETO DEL PINO, M<sup>a</sup> Dolores - La necesidad de una publicidad responsable: Los conflictos ético-jurídicos del discurso publicitario audiovisual. In FIDALGO, António; SERRA, Paulo - **Ciências da Comunicação em Congresso na Covilhã: Actas do III Sopcom, VI Lusocom e II Ibérico - Volume III**. Covilhã: Universidade da Beira Interior (2005), p.245-251. Disponível na WWW: <[http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20110829-actas\\_vol\\_3.pdf](http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20110829-actas_vol_3.pdf)>.
- QUILLIAM, Elizabeth Taylor, [et al.] - The Impetus for (and Limited Power of) Self-Regulation - The Example of Advergaming. **The Journal of Consumer Affairs**. ISSN 0022-0078. Vol. 45, n.º 2 (2011), p.224–247.
- RAMSAY, Iain - Consumer protection in the era of informational capitalism. In WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli - **Consumer law in the information society**. The Hague: Kluwer Law International, 2000. ISBN 90-411-9811-3. p. 45-65.
- REBELO, Fernanda Neves - O Direito à Informação do Consumidor na Contratação à Distância. In GRINOVER, Ada Pellegrini [et. al.] (comissão organizadora) - **Liber Amicorum Mário Frota : a causa dos direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4714-0. p. 103-153.
- REBELO, Maria da Glória Carvalho - **A responsabilidade civil pela informação transmitida pela televisão**. Lisboa: Lex, 1998. ISBN 972-9495-81-5.



- REIFNER, Udo - The future of consumer education and consumer information in a market economy. In WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli - **Consumer law in the information society**. The Hague: Kluwer Law International, 2000. ISBN 90-411-9811-3. p. 67-79.
- REIS, Nuno Tiago Trigo dos - A eficácia da mensagem publicitária. In MARQUES, J. P. Remédio; FERREIRA, Bruno; REIS, Nuno Tiago Trigo dos - **Temas de direito comercial (Cadernos O Direito 4)**. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3749-3. p. 183-278.
- ROCHA, Leonel Severo; ATZ, Ana Paula - A responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de informação no direito do consumidor. In PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio - **Relações de Consumo: Políticas Públicas**. 6ª edição - internacional. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2015. ISBN 978-85-88512-64-1. p. 74-98.
- RODRIGUES, Cunha - As novas fronteiras dos problemas de consumo. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 1**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999. ISBN 9729846308. p. 45-67.
- RODRIGUES, Luís Silveira - Tendências recentes sobre a protecção do consumidor na União Europeia. In MONTEIRO, António Pinto (coord.) - **Estudos de Direito do Consumidor - N.º 5**. Coimbra: Centro de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. ISBN 9785164603755. p. 311-319.
- ROTHMAN, Jean-Michel - Panorama de jurisprudences relatives à la publicité. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 5, março (1996), p.140-145.
- ROTUNDA, Ronald D. - Current proposals for *media* accountability in light of the first amendment. **Social Philosophy & Policy**. Vol. 21, n.º 2, Summer (2004), p.269-309.
- SADDY, André - **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. ISBN 978-85-8440-424-7.



- SANTOS, Beja - Do surgimento da produção em série à actual sociedade de consumo e comunicação. In SANTOS, Ana Clara - **Educação do consumidor: elementos para a sua compreensão**. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1997. ISBN 972-9223-80-7. p. 25-51.
- SANTOS, Beja - **O livro dos consumidores**. Venda Nova: Bertrand, 1994. ISBN 972-25-0867-9.
- SANTOS, João Vieira dos - Soft Law e boa governança no mercado das criptomoedas. **Revista Electrónica de Direito**. ISSN 2182-9845. Vol. 16, n.º 2 (2018), p.187-201.
- SANTOS, Paulo Ernani Bergamo dos - Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo. **Revista Portuguesa de Direito do Consumo**. ISSN 0873-9773. n.º 66, junho (separata) (2011), p.53-67.
- SCHEBESTA, Hanna; PURNHAGEN, Kai P. - The behaviour of the average consumer: A little less normativity and a little more reality in CJEU's case law? Reflections on Teekanne. **European Law Review**. ISSN 0307-5400. Vol. 41, n.º 4 (2016), p.590-598.
- SERENS, M. Nogueira - A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes? In IJC - **Comunicação e defesa do consumidor : actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993**. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996. p. 229-256.
- SERRANO MAÍLLO, Isabel - El derecho a la imagen de los menores en las redes sociales : referencia especial a la validez del consentimiento. In ALFONSO, Loreto Corredoira y; HUESO, Lorenzo Cotino (dir.) - **Libertad de expresión e información en Internet : amenazas y protección de los derechos personales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. ISBN 978-84-259-1561-1. p. 435-447.
- SILVA, João Calvão da - A publicidade na formação do contrato. In FDUL - **Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1371-0. p. 687-711.

- SILVEIRA, Luis Lingnau da - A proteção de dados pessoais e a Internet. **Europa: Novas fronteiras**. ISSN 0873-8068. n.º 28-29 (Jan.-Dez. 2011) (2011), p.139-143.
- SIMÓN CASTELLANO, Pere - El carácter relativo del derecho al olvido en la red y su relación con otros derechos, garantías e intereses legítimos. In ALFONSO, Loreto Corredoira y; HUESO, Lorenzo Cotino (dirs.) - **Libertad de expresión e información en Internet : amenazas y protección de los derechos personales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. ISBN 978-84-259-1561-1. p. 451-473.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito; BARROS, José M. Araújo de - **Direitos Difusos: Direito do Ambiente, do Consumo e do Património Cultural**. Oeiras: INA - Instituto Nacional de Administração, 2007. ISBN 978-972-9222-97-9.
- TENREIRO, Mário Paulo - O Regime Comunitário da Publicidade Enganosa. In IJC - **Comunicação e defesa do consumidor : actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993**. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996. p. 199-228.
- THEODOSAKI, Konstantina - Legal concerns emerging from influencer marketing. (2018). [Consult. 27.08.2020]. Disponível na WWW: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0a8df00c-3831-4cf1-a994-477bb182abdf>>.
- TRUJILLO VILLAMOR, Elena - Reforma de la Ley de consumidores: especial atención a los consumidores vulnerables. **Publicaciones jurídicas - Centro de Estudios de Consumo**. (2021), p.1-9. [Consult. 13.03.2021]. Disponível na WWW: <[http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Reforma de la Ley de consumidores. Especial atencion a los consumidores vulnerables.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Reforma_de_la_Ley_de_consumidores._Especial_atencion_a_los_consumidores_vulnerables.pdf)>.
- UNICEF - Privacy, protection of personal information and reputation. **Discussion paper series: Children's Rights and Business in a Digital World**. (2017). [Consult. 01.11.2020]. Disponível na WWW: <[https://www.unicef.org/csr/css/UNICEF CRB Digital World Series PRIVACY.pdf](https://www.unicef.org/csr/css/UNICEF_CRB_Digital_World_Series_PRIVACY.pdf)>.

- UPRICHARD, Emma - Children as 'Being and Becomings': Children, Childhood and Temporality. **Children & Society**. Vol. 22, n.º 4 (2008), p.303-313.
- VERBICARO, Dennis; VIEIRA, Janaína - A nova dimensão da proteção do consumidor digital diante do acesso a dados pessoais no ciberespaço. **Revista de Direito do Consumidor**. ISSN 1415-7705. n.º 134 (2021), p.195 - 226.
- VERDOODT, Valerie - The Role of Children's Rights in Regulating Digital Advertising. **The International Journal of Children s Rights**. Vol. 27, n.º 3 (2019), p.455-481. [Consult. 02.11.2020]. Disponível na WWW: <<https://lirias.kuleuven.be/retrieve/580742>>. ISSN 0927-5568.
- VERDOODT, Valerie; CLIFFORD, Damian; LIEVENS, Eva - Toying with children's emotions, the new game in town? The legality of advergames in the EU. **Computer Law & Security Review**. ISSN 0267-3649. Vol. 32 (2016), p.599-614.
- VERDOODT, Valerie; FECI, Nadia - Digital influencers and vlogging advertising: Calling for awareness, guidance and enforcement. **Auteurs en Media**. ISSN 1370-6039. n.º 1 (2019), p.11-22.
- VIEIRA, Iva Carla; HENRIQUES, José; CASTILHO, Olímpio - **Manual de Direito e Cidadania**. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4993-9.
- WILHELMSSON, Thomas - The consumer's right to knowledge and the press. In WILHELMSSON, Thomas; TUOMINEN, Salla; TUOMOLA, Heli - **Consumer law in the information society**. The Hague: Kluwers Law International, 2000. ISBN 90-411-9811-3. p. 367-384.
- WILL, Michael R. - A Mensagem Publicitária na Formação do Contrato. In **IJC - Comunicação e defesa do consumidor : actas do congresso internacional organizado pelo Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, de 25 a 27 de Novembro de 1993**. Coimbra: Instituto Jurídico de Comunicação, 1996. p. 259-281.
- YOUYOU, W.; KOSINSKI, M.; STILLWELL, D. - Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans. **PNAS**. ISSN 1091-6490. Vol. 112, n.º 4 (2015), p.1036-1040.

ANEXO: RESUMEN DE LA TESIS EN CASTELLANO

**TUTELA DEL CONSUMIDOR MENOR COMO PÚBLICO  
VULNERABLE**

**Rute Couto**

**I. INTRODUCCIÓN**

Existimos en una sociedad de consumo y comunicación. Abrazamos este contexto, sin pretender definir o describir exhaustivamente ninguno de esos conceptos, pero con la certeza de que ello significa, sobre todo, la inmersión en una realidad económica, social y jurídica ineludiblemente global. Una y otra realidad no se pueden disgregar, ya que los consumidores son, ante todo, personas que eligen y estas elecciones están selladas por la realidad comunicacional que les rodea. Hija de la revolución industrial y comercial, la sociedad de consumo surgió de la abundancia, la masificación y la homogeneidad, de la superación del atomismo que hasta entonces caracterizaba los procesos de contratación de bienes y servicios. Hoy, en un mundo cada vez más globalizado, el acceso a tales bienes y servicios se ve favorecido por la información, la publicidad, el marketing, en definitiva, la comunicación.

El objeto que elegimos para nuestra investigación radica precisamente en la confluencia entre el Derecho del Consumidor y el Derecho de la Comunicación. Cuando hablamos de derechos del consumidor, nos referimos principalmente a la relación jurídica de consumo que se establece entre un consumidor y un profesional, empresario, que proporciona bienes o servicios, por medio de una actividad comercial. Nuestro análisis se centra en el consumidor como público y pretende así llamar a la reflexión sobre un sujeto ajeno a la relación jurídica de consumo, pero

que de alguna manera la mediatiza, y que son los medios de comunicación, especialmente los audiovisuales y digitales. La protección de los derechos del consumidor, consagrados constitucionalmente como derechos fundamentales, adquiere una dimensión de ciudadanía. Es necesario ponderar los intereses colectivos de los consumidores, considerados como destinatarios de información, audiencia de los medios, destinatarios de publicidad, expuestos a prácticas comerciales. Como medio de comunicación social, y tal y como dictan los propios fines de su actividad, los medios están obligados a promover los derechos de los consumidores. Como medio de comunicación comercial, son responsables -como vehículo entre los anunciantes y los destinatarios- de los mensajes publicitarios, responsabilidad especialmente exigente ante las audiencias más vulnerables.

La tesis doctoral se centrará en una de estas categorías de vulnerabilidad, la del consumidor *menor de edad*, a la que el Derecho Civil no da una respuesta adecuada. A nivel internacional, europeo y nacional, los derechos de los niños y los jóvenes se tratan de forma fragmentaria, principalmente en cuanto sujetos de relaciones jurídicas familiares o tutelares. Por otro lado, en lo que respecta a la responsabilidad de los medios de comunicación, la doctrina y la jurisprudencia abordan casi exclusivamente las cuestiones de derechos, libertades y garantías ciudadanas (como el honor, la imagen y la intimidad) o las relacionadas con los derechos de la personalidad y la seguridad en línea, no sus *derechos económicos*, como consumidores y destinatarios de publicidad. Pretendemos definir la responsabilidad de esos medios como intermediarios de la relación jurídica de consumo, particularmente ante las hipervulnerabilidades del consumidor menor y en el contexto de los problemas inherentes a las nuevas realidades digitales y su impacto en los menores, las familias y la sociedad. Los menores, más expuestos y vulnerables a la comunicación comercial deben estar sujetos a una mayor protección, en una responsabilidad compartida por el Estado y la sociedad, incluidos sus agentes económicos y comunicativos.

Nuestro estudio tiene como objetivo comprender el impacto de los medios de comunicación y las redes sociales sobre el estatus del menor como sujeto

constitucional, civil y consumidor, y considerar la necesidad (en Portugal) de un estatuto legal integral del menor como elemento de construcción de su ciudadanía.

Los medios de comunicación juegan un papel en las opciones y decisiones de los consumidores. Atento a su función *social* de promover el pluralismo y la ciudadanía, su función *económica* de intermediación entre anunciantes y público consumidor, y su función *cultural* de definir patrones de comportamiento y valores de la experiencia social. Un ejemplo que ilustra la actualidad del tema con respecto a los menores es la denuncia realizada por la organización europea de consumidores BEUC contra la plataforma de intercambio de vídeos TikTok, por no proteger a los niños de la publicidad oculta y contenidos inapropiados. La denuncia también se refiere a cláusulas abusivas y engañosas incluidas en los términos de servicios de la popular plataforma, así como a prácticas no transparentes en el tratamiento de datos personales.

Pretendemos reflexionar sobre la protección del consumidor menor como receptor de información, publicidad y prácticas comerciales, y sobre sus vulnerabilidades, en particular, con respecto a la información y autodeterminación necesarias para la toma de decisiones de consumo. Esto implica un análisis crítico de las formas actuales de protección del menor consumidor en Portugal, en términos de regulación y autorregulación. Nuestro objetivo es contribuir a una comprensión global de los derechos de los menores como sujetos económicos y apoyar una propuesta legislativa sobre la condición jurídica del menor y cambios en la normativa vigente en el ámbito de la publicidad y los medios de comunicación.

La hipótesis inicial del trabajo de investigación parte de la observación de que es necesario construir un *estatuto jurídico del consumidor menor como público vulnerable*, hipótesis desglosada en los siguientes temas: a) Los menores pueden ser calificados como consumidores; b) Los medios de comunicación, incluidas las redes sociales, tienen un impacto en los menores, que se extiende a sus familias y a la sociedad; c) Los menores son consumidores hipervulnerables, lo que impone regulaciones específicas; d) El sistema actual (tanto en términos de regulación como de autorregulación) no salvaguarda eficazmente los intereses de los menores en este

ámbito; e) Es necesario tener un estatuto jurídico integral del menor, que lo proteja como sujeto global.

## **II. INVESTIGACIÓN**

### **1. El menor como sujeto autónomo de derechos**

La protección constitucional del menor es efectiva a través de la protección de niños y jóvenes. Los niños, menores de 18 años, en el sentido de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, tienen derecho a la protección de la sociedad y del Estado con miras a su desarrollo integral, en su consideración como personas en formación. Los jóvenes, una categoría que puede superponerse parcialmente con la de la infancia, gozan de protección para la realización de sus derechos económicos, sociales y culturales, que incluyen los derechos del consumidor.

Dotados de personalidad jurídica, la ley protege a los menores de edad contra las amenazas o las ofensas a su personalidad física o moral, siendo de especial importancia sus derechos a la imagen, a la intimidad y al honor. En el entorno digital, las soluciones reactivas del derecho civil y penal no suelen ser suficientes para reparar el daño o remediar socialmente estos ilícitos. Del mismo modo, el alcance de los recursos para mitigar los efectos de la infracción a dichos derechos de la personalidad es más limitado.

Hasta la mayoría de edad o la emancipación, los padres del menor ejercerán las responsabilidades parentales en interés del menor y teniendo en cuenta su progresiva madurez, incluidas las decisiones de consumo. Cuando los progenitores están casados o viven en condiciones análogas a la conyugal, el ejercicio de las responsabilidades parentales corresponde a ambos progenitores, que deben ejercerlas de común acuerdo. Cuando los progenitores no conviven (en los casos en que los padres no conviven como una unión de hecho, están separados o



divorciados, o si el matrimonio ha sido declarado nulo o anulado) el ejercicio conjunto o único de las responsabilidades parentales dependerá de si se trata de un asunto de especial importancia o de un acto de la vida cotidiana. Las responsabilidades relativas a asuntos de especial importancia deben ser ejercidas conjuntamente por ambos progenitores. Por otro lado, el ejercicio de las responsabilidades parentales en relación con los actos de la vida cotidiana del menor corresponde al progenitor con el que el hijo tiene su residencia habitual o con el que se encuentra temporalmente, y en este último caso debe garantizarse la continuidad de las pautas educativas más relevantes definidas por el progenitor que ostenta la residencia habitual.

Los menores operan en el mercado de consumo de una triple forma: como sujetos activos, compradores de bienes o servicios; como sujetos que influyen en las elecciones y compras del hogar; y como futuros consumidores, público objetivo de las estrategias de fidelización de marca. Así, participan en las relaciones de consumo como consumidores efectivos, en negocios jurídicos válidos que son una excepción a su general falta de capacidad para contratar, y como "consumidores potenciales", que están expuestos a las prácticas comerciales y son objeto de la publicidad que se dirige a ellos o que les llega.

Desde la perspectiva de las instituciones internacionales y europeas, la piedra angular es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, que establece, entre otras cosas, los derechos de los niños al desarrollo y a la participación, pero también a la protección contra la intromisión en su vida privada y frente a la explotación económica. Otras organizaciones, como el Consejo de Europa y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, han emitido directrices pertinentes, especialmente sobre la protección de los menores en el entorno digital. En la Unión Europea, además de los instrumentos legislativos, los menores figuran en algunos documentos estratégicos de referencia, tanto en calidad de consumidores vulnerables como en lo que atañe a su protección en línea. La Nueva Agenda Europea del Consumidor 2020-2025, que señala como una de las áreas prioritarias la atención a las necesidades

específicas de los consumidores más vulnerables, en particular los niños expuestos en línea a prácticas comerciales engañosas o agresivas, es el contexto ideal para reflexionar sobre la protección de los menores como consumidores. Además, la jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce la necesidad de salvaguardar la vulnerabilidad de los menores, tanto para justificar las restricciones a la libertad de circulación de la UE como en lo que concierne al respeto de su vida privada y familiar.

## **2. El menor consumidor como público de los medios**

El concepto de consumidor es polisémico, en el sentido de que no siempre se ciñe al ámbito estrictamente contractual de una determinada relación jurídica de consumo, sino que va más allá, alcanzando un enfoque de ciudadanía. El elemento relacional, que estructura el concepto de consumidor en la relación intersubjetiva con el profesional, asume diversas configuraciones. Además de ser un comprador de bienes o servicios de consumo, el consumidor actúa, a efectos no profesionales, como receptor de información o destinatario de mensajes publicitarios, que consolidan en él expectativas que deben ser amparadas jurídicamente, aunque no exista un contrato de consumo. Defendemos, al igual que ocurre en la legislación brasileña, la ampliación del concepto de consumidor a las personas expuestas a las prácticas comerciales, incluida la publicidad.

El sistema de protección de los consumidores se basa en la presunción de vulnerabilidad de los consumidores, que es multifacética, e incluye aspectos técnicos, económicos, jurídicos y de información. La asimetría de la información, combinada con las prácticas comerciales insidiosas y la falta de educación para el consumo, contribuye a la debilidad de los consumidores en el mercado.

En Portugal, la figura del consumidor vulnerable aún no está desarrollada en el plano legislativo, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, en el que la figura fue incluida recientemente en su ley de defensa de los

consumidores y usuarios, aunque con cierta indeterminación y ambigüedad. La figura es de difícil concreción y desarrollo en cuanto la vulnerabilidad es multidimensional -condicionada por diferentes variables, incluida la edad- y dinámica, ya que cambia a lo largo de la vida.

La consideración del consumidor como sujeto vulnerable y la relación entre la información y esa misma vulnerabilidad ha experimentado, en la jurisprudencia y en la legislación de la Unión Europea, cierta evolución, particularmente en el ámbito del régimen de prácticas comerciales desleales armonizado por la Directiva 2005/29/CE. El acervo comunitario se alejó de la visión de un consumidor vulnerable que fundamentó inicialmente el derecho de los consumidores, poniendo en valor la perspectiva de un consumidor medio, concepto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fue consolidando gradualmente como normalmente informado, razonablemente observador y advertido, teniendo en cuenta factores sociales, culturales o lingüísticos. Con todo, el concepto de consumidor medio debe ceder ante un grupo de consumidores especialmente vulnerables al producto o práctica comercial, principalmente, por su edad o condición más influenciable, como es el caso de los menores. Más recientemente, el Tribunal de Justicia ha mostrado una apertura hacia un concepto menos normativo y más empírico del consumidor real, al valorar la percepción general del consumidor, incluyendo el componente no textual de la información, como los elementos visuales.

Las relaciones con los consumidores son de naturaleza transindividual, lo que significa que debe sopesarse la dimensión colectiva de los intereses de los consumidores. La protección jurídica de los consumidores es, por regla general, la de los intereses difusos de los consumidores considerados como una categoría, como una comunidad. Y estos intereses difusos, por su fragmentación, son un espacio para el funcionamiento de los mecanismos de protección colectiva.

El alto nivel de protección del consumidor es uno de los objetivos de las políticas de la Unión Europea y uno de los derechos reconocidos en su Carta de los Derechos Fundamentales. En Portugal, como en algunos otros ordenamientos

jurídicos, los derechos de los consumidores están incluidos en el catálogo de derechos fundamentales. A diferencia de los derechos, libertades y garantías que son directamente aplicables y vinculantes, los derechos económicos, como los del consumidor, están condicionados a las opciones políticas y presupuestarias del Estado. Sin embargo, su condición de derechos fundamentales los convierte en un referente para la interpretación normativa y el control de constitucionalidad.

Los consumidores son también el público de los medios de comunicación, para los que representan audiencias. La multiplicación de la oferta de medios de comunicación y la consiguiente polarización de las audiencias han modificado la relación entre los operadores y de ellos con los consumidores, en la medida en que la competencia conduce a la saturación publicitaria de los consumidores, a menudo en detrimento de sus derechos.

Las actividades legalmente atribuidas a los medios de comunicación incluyen la contribución a la información y la educación públicas y la promoción de la ciudadanía y el pluralismo. Los medios de comunicación tienen así una responsabilidad directa en la educación e información de los ciudadanos y consumidores. La libertad de comunicación y programación debe orientarse por esta responsabilidad legal, ética y social de los operadores de los medios de comunicación hacia sus audiencias.

Los medios de comunicación son soportes publicitarios y, como tales, actúan como intermediarios entre los anunciantes y los consumidores a los que se dirigen los anuncios. Para los medios de comunicación, la publicidad desempeña un papel crucial en su financiación, lo que lleva a un predominio del interés comercial sobre su función social, con implicaciones para la credibilidad e independencia de los propios medios.

En el panorama de los medios de comunicación, además de los medios tradicionales, hay que tener en cuenta las redes sociales, a raíz de la revisión de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual, que aplica determinadas normas del sector audiovisual a las plataformas de intercambio de vídeos y a los

servicios de redes sociales en los que el suministro de programas y vídeos generados por los usuarios es una de sus principales funcionalidades. La convergencia normativa se justifica por la nivelación de los modelos de negocio, la finalidad de la información, el entretenimiento y la educación, y por el impacto en los derechos de los niños y jóvenes y en los consumidores en general.

La piedra angular del sistema de protección del consumidor es el derecho a la información, reconocido en las distintas normativas que sancionan su inexistencia, inadecuación, insuficiencia o falsedad. Para los profesionales, este derecho corresponde al deber de informar al consumidor de forma adecuada, completa y veraz, integrando, en su caso, deberes de asistencia y asesoramiento. Las obligaciones de información a cargo de los medios de comunicación comprenden directamente los espacios reservados a tal efecto en el servicio público de radio y televisión, e indirectamente su aportación como medio publicitario de mensajes destinados a la comercialización de un determinado bien o servicio de información. Por consiguiente, los medios de comunicación son fuentes activas de información para los consumidores y, como tales, deben ser valorados y responsabilizados.

La información al consumidor no es suficiente si no va acompañada de una formación sobre la importancia de la misma y su integración en las decisiones cotidianas. La formación del consumidor es un requisito previo para su información y un factor decisivo para reducir su vulnerabilidad. Entre los componentes de la educación para el consumo, en sentido amplio, destaca la educación para la información propiamente dicha, que incluye la educación mediática (conocida como alfabetización mediática) y la educación para la publicidad. Esta educación para la ciudadanía pasa necesariamente por formar a los menores como futuros consumidores, especialmente en el ámbito de la publicidad y de la alfabetización digital.

Indisociable de la sociedad de consumo, la publicidad navega en la dicotomía información/persuasión. Por un lado, la publicidad tiene una función informativa, sobre los bienes o servicios que se van a adquirir o el contrato de

consumo que se va a celebrar, determinante para las elecciones y decisiones de negocio de los consumidores. Por otro lado, la publicidad tiene una función persuasiva, de sugestión y estímulo subjetivo al consumo, materializada en técnicas de marketing de apelación a los sentidos y de tendencia psicológica. Las dificultades de articulación entre estas dos funciones se ven reforzadas por la consideración de la publicidad como fenómeno cultural, creador de mercados de consumo y configurador de pautas socioculturales.

La regulación de la publicidad no se considera censura ni restricción injustificada de las libertades de expresión, información e iniciativa privada consagradas constitucionalmente. En efecto, no se pretende controlar los mensajes publicitarios de antemano, sino responsabilizar a los sujetos de la actividad publicitaria de la difusión de mensajes ilícitos. Por otro lado, dada su intención lucrativa, y a pesar de su dimensión creativa, difícilmente se puede conceder a la publicidad la protección que se otorga a la libertad de expresión como manifestación de opinión y pensamiento. Incluso si lo fuera, por el principio de ponderación práctica de intereses, esta libertad podría restringirse para salvaguardar otros intereses constitucionalmente protegidos, como aquellos de los consumidores y los menores (en el caso de la publicidad infanto-juvenil). Por último, la iniciativa económica privada está sujeta al requisito del "interés general", que obliga a la responsabilidad social de las empresas en la correcta información a los consumidores.

La publicidad puede contemplarse como una actividad económica y como una forma de comunicación comercial. En este último sentido, la publicidad está sujeta a los principios de licitud, identificabilidad, veracidad y respeto a los derechos del consumidor. Su relevancia jurídico contractual es incuestionable como expresión de tres derechos del consumidor consagrados constitucional y legalmente. Por un lado, la comunicación comercial lícita constituye una faceta del derecho a la información del consumidor, decisiva para una elección informada e consciente; de ahí la consagración legal de la integración de la información concreta y objetiva contenida en el mensaje publicitario en el contenido contractual. Por otra

parte, el derecho a la calidad de los bienes y servicios de consumo exige que éstos sean conformes al contrato celebrado, lo que se evalúa, entre otros criterios, por la convergencia entre las declaraciones publicitarias y las posibilidades y características reales de los bienes y servicios anunciados. Por último, el derecho de los consumidores a la protección de sus intereses económicos exige la equidad contractual para equilibrar una relación jurídica caracterizada por la debilidad del consumidor frente al profesional contratante. Por tanto, deben prohibirse todas las prácticas comerciales en las relaciones con los consumidores que se consideren desleales, incluyendo la publicidad engañosa y agresiva.

Los consumidores menores de edad tienen una doble vulnerabilidad, que combina la debilidad que se presume a los consumidores en general con la fragilidad inherente a la minoría de edad. La protección constitucional de la infancia, que dicta la protección de la sociedad y del Estado con vistas a su pleno desarrollo, impone la consideración del niño como persona en formación, en desarrollo biopsicológico. En esa medida, la forma en que se llega a ellos y se les afecta con la publicidad es diferente de la que se produce con el público consumidor adulto. Por un lado, los menores están sometidos a un mayor número de estímulos publicitarios (debido al número de horas de consumo de televisión y de uso de Internet, unido a la repetición exhaustiva de los mensajes publicitarios) y, por otro lado, los menores aún no tienen las habilidades cognitivas necesarias para comprender y decodificar los contenidos publicitarios, especialmente si se incluyen en los canales de entretenimiento audiovisual y digital.

Uno de los principales impactos de la publicidad en los menores está relacionado con sus hábitos alimentarios, sobre todo la obesidad infantil y otras enfermedades relacionadas con una dieta poco saludable. La publicidad que presente situaciones de inseguridad (incluida la seguridad alimentaria) o en la que los operadores económicos hagan un uso indebido de las declaraciones de propiedades saludables debe ser fiscalizada. La asociación entre la comida y el entretenimiento (por ejemplo, utilizando personajes del imaginario infantil u ofreciendo juguetes en las comidas de los niños) debe prohibirse cuando atente



contra el principio de identificabilidad de la publicidad o induzca a un comportamiento perjudicial para la salud. Los efectos nocivos de una mala alimentación infantil provocarán problemas de salud pública en el futuro, lo que refuerza la necesidad de la prevención y de que la regulación de la publicidad infantil, también en este ámbito, sea responsabilidad del Estado y de los agentes sociales.

Existe una relación de causalidad entre los mensajes publicitarios y los conflictos familiares que se generan cuando los padres satisfacen las peticiones de compra de los menores. La prohibición de la incitación directa a los menores en la publicidad (para que compren o persuadan a los adultos para que adquieran los bienes o servicios que se anuncian) forma parte de la protección constitucional de la familia, de modo que el control de la publicidad y el consumo de los niños no se limita a una cuestión de ejercicio de las responsabilidades parentales.

Un último grupo de consecuencias de la exposición de los menores a la publicidad está relacionado con la distorsión de valores, en particular la propagación de valores consumistas y materialistas, que están en la base de los comportamientos desviados y de las situaciones de exclusión y acoso en grupos en los que los bienes de consumo son un factor de integración y socialización. Además, cuando las comunicaciones comerciales transmiten actitudes contrarias a los valores positivos de la convivencia social, contribuyen a la erotización precoz, a la violencia y a la creación o mantenimiento de estereotipos o discriminación.

La personalidad de los menores está influida por la omnipresencia de las tecnologías y la fusión entre las dimensiones real y virtual de la vida. En el entorno digital, y en particular en las redes sociales, los menores consumen información y aportan contenidos con el afán de comunicarse y relacionarse con sus iguales, donde la privacidad está devaluada y se consolida la "huella digital" del menor. El intercambio de información personal sobre los menores debe estar necesariamente pautado por su interés superior, cuando lo hacen los propios padres, y por el respeto a su progresiva autonomía, cuando lo hace el propio menor, en un complejo equilibrio entre el control parental y la autonomía del menor. Cuando la puesta en

común es realizada por terceros, el criterio fundamental es el del consentimiento, expresión de la autodeterminación informativa.

El uso comercial que se hace de la información recopilada de y/o sobre menores es un fenómeno que se repite en las redes sociales, juegos online y aplicaciones móviles dirigidas a los niños, que son directamente objetivo de las estrategias de marketing con un impacto subliminal y significativo en su comportamiento. Y en comparación con los medios tradicionales, el hecho de que el entorno digital esté, en general, menos regulado y más propicio para la personalización publicitaria, lo hace más eficaz desde el punto de vista de los anunciantes.

### **3. Consentimiento del consumidor menor**

La personalización de la comunicación comercial implica el tratamiento de los datos personales de los menores titulares de los mismos. Sin perjuicio del cumplimiento de los demás principios y obligaciones inherentes al Reglamento General de Protección de Datos, la cuestión de la “edad del consentimiento digital” en cuanto a la prestación directa de servicios de la sociedad de la información a los niños es crucial, y que en Portugal se ha definido en los 13 años. Sin embargo, debemos cuestionar el valor de este consentimiento como condición para la licitud del tratamiento de datos cuando el consentimiento se da en el contexto de condiciones generales de la contratación complejas o cuando el acceso al servicio y las características está condicionado a la aceptación obligatoria de las cookies.

En el caso de los menores de 13 años, el consentimiento debe ser prestado por los titulares de la responsabilidad parental de común acuerdo. En caso de ruptura del vínculo matrimonial o cuando los progenitores no vivan en unión de hecho o en relación análoga a la conyugal, el ejercicio de dichas responsabilidades corresponderá a ambos en lo que se refiere a asuntos de especial importancia, o a aquel progenitor con el que se encuentre el menor si se trata de un acto de la vida cotidiana del niño. Por lo que respecta al consentimiento de los padres para el

tratamiento de los datos del menor en relación con los servicios de la sociedad de la información, la clasificación como "de especial importancia" o "de la vida ordinaria" dependerá de una evaluación caso por caso que tenga en cuenta los datos personales y la operación de tratamiento, el carácter ordinario o extraordinario de dicha operación y las implicaciones para la vida presente y futura del menor.

Aunque los menores pueden dar su consentimiento de forma autónoma al tratamiento de datos personales para los servicios que se les ofrecen directamente en la sociedad de la información, la evaluación de la validez de cualquier contrato celebrado sigue estando sujeta a las normas generales del Derecho contractual nacional sobre la falta de capacidad de los menores para ejercer derechos y la ineficacia de los negocios jurídicos celebrados por ellos. La excepción son los negocios jurídicos relacionados con la vida cotidiana del menor que estén al alcance de su capacidad natural y que sólo impliquen costes bajos, como puede ser el caso de algunos contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

En el contexto online, la forma de contratación por adhesión a las condiciones contractuales predispuestas, con aceptación de "clickwrap" o "browserwrap", aumenta la probabilidad de que estas condiciones no sean leídas o entendidas por los menores contratantes, por lo que es necesario reconfigurar los mecanismos de comunicación y conocimiento de cláusulas. Además, no siempre será evidente para el consumidor la diferencia entre el consentimiento relativo a la aceptación de cláusulas contractuales y el consentimiento referido al tratamiento de datos personales.

La nueva Directiva sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, que aún no se ha transpuesto en Portugal, aúna la protección de los datos personales y la protección de los consumidores, en la medida en que se aplica a los contratos celebrados por un precio, pero también a situaciones en las que el consumidor proporciona, a modo de contraprestación, datos personales al comerciante. Esto plantea problemas de compatibilidad entre la edad de consentimiento para el tratamiento de datos personales y la edad de celebración válida del contrato para el suministro de contenidos y servicios digitales, así como

las consecuencias de la retirada del consentimiento para el tratamiento de datos personales o el ejercicio del libre desistimiento del contrato.

#### **4. Formas de protección de los menores consumidores**

Un análisis crítico del sistema actual pone de manifiesto algunos paradigmas y paradojas de la información al consumidor, que resultan del enfrentamiento entre los fundamentos de las políticas europeas y la realidad de los consumidores europeos. La primera de estas discrepancias resulta de equiparar el suministro de información con la protección del consumidor. Si bien es cierto que la información es fundamental para la protección de los consumidores, el mero hecho de proporcionar información sin mecanismos para darla a conocer efectivamente es ineficaz para superar la vulnerabilidad de los consumidores, que, aunque también lo es en materia de información, no lo es exclusivamente. La armonización europea de la protección del consumidor se ha puesto en práctica a través de extensas listas de información precontractual que deben ser proporcionadas. En realidad, el exceso de información contribuye a la desinformación del consumidor, incapaz de asimilarla cuantitativa y cualitativamente, y a la “irresponsabilidad” de los profesionales respecto del efectivo cumplimiento del deber de información, que va mucho más allá de la simple disponibilidad de información, requiriendo su adecuación y aclaración en el caso concreto.

En el caso de las prácticas comerciales desleales (incluida la publicidad engañosa y agresiva), el criterio para medir la deslealtad de la práctica es el consumidor medio, entendido como razonablemente diligente y perspicaz. Además de las dificultades para la concretización del concepto, éste desprotege precisamente a los consumidores con menor nivel de educación y preparación, más influenciados por las prácticas comerciales desleales y, por tanto, más necesitados de protección. La ficción del consumidor medio se sustenta en una “transferencia de responsabilidad” al consumidor, que, en lugar de tener derecho a ser informado,

parece estar obligado a serlo, lo que tiene el efecto contrario al que supuestamente pretenden los instrumentos comunitarios.

La armonización máxima o plena que caracteriza el enfoque europeo más reciente no pone en práctica el eslogan de una “Unión en la diversidad”, ya que ignora las diferencias entre los Estados miembros y, dada la dificultad de alcanzar un consenso, se reduce todo a un mínimo común denominador en lugar del "alto nivel de protección" impuesto por los Tratados. En los países con políticas más consolidadas, esto podría suponer un retroceso en el nivel de protección ya alcanzado. Por otro lado, las disparidades entre los Estados miembros con respecto a la transposición de las directivas (especialmente cuando se lleva a cabo de manera deficiente) y el sistema de supervisión y sanción son incompatibles con aquella previsión de armonización completa.

Es necesaria una regulación específica de la publicidad dirigida a los niños y a los jóvenes, porque la protección de los derechos sociales de la infancia y la juventud no está suficientemente garantizada por los sistemas jurídicos aplicables a la publicidad o a las relaciones de consumo en general. En el debate sobre la autorización, restricción o prohibición de la publicidad dirigida a los menores, abogamos por la restricción, ya que es necesario conciliar una actividad económica lícita y económicamente relevante con los derechos de la personalidad física y moral de los menores destinatarios de dicha publicidad.

Los medios de comunicación, en particular los operadores de radio y televisión, deben observar una "ética de antena" que garantice el desarrollo de la personalidad de los niños y adolescentes, lo que engloba todos los elementos de la programación, incluida la publicidad. Como medios publicitarios, están obligados a cumplir la normativa que protege a los menores como destinatarios o participantes en los mensajes publicitarios. Sin embargo, el entorno digital es heterogéneo y la normativa que se establezca deberá incorporar sus especificidades.

La publicidad comportamental en línea implica el seguimiento de los usuarios de Internet mediante cookies, que permiten crear perfiles y mostrar

publicidad adaptada a sus intereses. Tanto las cookies originales como las de terceros que los medios de comunicación incluyen en sus páginas web como soporte publicitario ponen en entredicho la "autodeterminación informativa" de los consumidores y la explotación comercial que puede hacerse, sin el consentimiento del titular, de los datos personales así recogidos. La responsabilidad de los medios de comunicación implica el cumplimiento de los requisitos legales para la recogida y el uso de los datos personales de los consumidores electrónicos, como garantizar el consentimiento previo e informado (*opt-in*) de los titulares de los datos, basado en una información clara y completa sobre los fines del tratamiento de los datos de navegación.

Otro aspecto reseñable es la utilización por parte de los anunciantes de figuras públicas o conocidas que participan en la difusión de los mensajes publicitarios, como presentadores de radio y televisión o los llamados "influencers digitales". Formalmente, en la medida en que los contenidos difundidos por estos influenciadores constituyan contenidos comerciales, deberán ser identificados como tales. Además, las personas famosas que participan en la difusión de mensajes publicitarios y asumen un papel de "garante" ante el consumidor del producto o servicio publicitado deberían ser, como intervinientes en la difusión del mensaje, responsables en caso de publicidad ilícita o desleal. Cuando la intervención es por asociación de su voz o imagen con una determinada comunicación comercial, sólo serán responsables en casos extremos de atentado a valores esenciales (como el discurso del odio, por ejemplo) o de asociación incompatible entre el influencer y el producto o servicio anunciado por él. En la publicidad testimonial, cuando el influencer declara sobre su experiencia con el producto o servicio referenciado y a la vista del deber legal de dar un testimonio veraz, el influencer es responsable solidario de los daños causados como consecuencia de la difusión de mensajes publicitarios ilícitos.

El entorno digital, debido a la bidireccionalidad de la comunicación comercial, favorece la aparición de prosumidores, que son a la vez consumidores y productores de información. La interacción con profesionales y pares al compartir

mensajes relacionados con determinados productos o servicios, generalmente en forma de valoraciones o recomendaciones (reseñas), consolida la fidelidad de los menores a las marcas. Además, cuando los anunciantes lo utilizan indebidamente, favorece el engaño de otros consumidores y dificulta la asignación de responsabilidades.

Muchos de los servicios digitales prestados a menores aparentemente de forma gratuita tienen un modelo de negocio subyacente basado en la publicidad y en el tratamiento de los datos personales de los usuarios, que los facilitan a cambio de la posibilidad de utilizar una red social, una aplicación, un juego u otro contenido. Aunque está expresamente prevista en la nueva normativa europea sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos digitales, la posibilidad de que el consumidor facilite datos al profesional en lugar de pagar un precio sigue planteando dudas sobre la transparencia de las condiciones contractuales, el valor de los datos personales a efectos de la obligación de devolverlos en caso de desistimiento o resolución del contrato y las consecuencias contractuales de que el consumidor ejerza su derecho a la supresión de datos (“derecho al olvido”) y a la retirada del consentimiento.

Los *advergames* difuminan la frontera entre publicidad y entretenimiento, lo que implica riesgos para el público más joven, incapaz de distinguir entre contenido comercial y no comercial y más sujeto a manipulación emocional y a la exposición a la publicidad subliminal.

En los regímenes legales de los medios de comunicación, la ausencia de la figura del consumidor se ha superado parcialmente con la reciente transposición de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual y la inclusión de la protección del consumidor en los fines de la actividad televisiva. Sin embargo, el compromiso con los derechos del consumidor debe plasmarse como finalidad, obligación y límite de la actividad de los medios de comunicación en general. En cuanto a la comunicación comercial audiovisual, es imperativo homogeneizar al destinatario de la obligación, por parte de los operadores, de identificar la publicidad, así como aclarar las limitaciones a la libertad de programación y



corregir algunas incoherencias provocadas por una transposición defectuosa de la Directiva.

En cuanto al derecho a la información, tal y como se define en la ley portuguesa de defensa del consumidor, la responsabilidad de los medios de comunicación se limita al nivel de información en general, y los medios de comunicación, cuando son medios publicitarios, son incluidos en el derecho a la información en particular, como eslabones profesionales en el ciclo de producción-consumo.

En materia de publicidad para niños y adolescentes, el régimen actual es manifiestamente insuficiente y genérico. En primer lugar, es importante diferenciar los diferentes grupos de edad, teniendo en cuenta el grado de madurez y el impacto de la comunicación comercial. La publicidad dirigida a menores debe prohibirse hasta los 12 años y restringirse en edades posteriores, pero de una manera más coherente y sistemática, acogiendo también las particularidades del entorno digital.

Las restricciones actuales a la publicidad audiovisual dirigida a niños y jóvenes se limitan, en general, a los programas infantiles, pero no adoptan un enfoque más amplio respecto a la publicidad dirigida o que llega a los menores, como la publicidad integrada en los contenidos de los programas destinados a un público adulto (que ven los menores, especialmente en las familias con menos atención parental), durante las pausas publicitarias y en los programas juveniles. Otra medida legislativa que debe aplicarse para reducir el impacto de la presión publicitaria, es la prohibición de repetir anuncios durante la misma pausa publicitaria. También es necesaria una regulación específica más detallada para determinados objetos (como juguetes, concursos y contenidos digitales) y soportes (como videojuegos y redes sociales) en la publicidad infanto-juvenil.

El enfoque administrativo de la responsabilidad de los medios de comunicación en los ámbitos investigados es insuficiente, ya que el pago de multas no tiene un efecto disuasorio si se tienen en cuenta los ingresos publicitarios generados por la difusión de mensajes publicitarios ilícitos. Además, la suspensión

o el cese de las campañas publicitarias no tiene ningún impacto sobre el público, que no asocia el hecho con una sanción, y la sensación de impunidad se mantiene. Por ello, proponemos aumentar los mecanismos de responsabilización pública, como la difusión de la sanción, la publicidad correctiva y, en casos extremos, la suspensión de la programación del operador infractor.

El sistema de defensa e fiscalización de los derechos del consumidor presenta varias debilidades, empezando por la fragmentación de sus estructuras, el solapamiento de competencias y la falta de interacción con los organismos de regulación y supervisión, lo que hace que los consumidores no sepan a quién dirigirse para proteger sus derechos. Es evidente que el sistema de protección de los consumidores carece de robustez, como demuestran el desconocimiento de los consumidores, la discreta actuación de los organismos administrativos competentes, la falta de recursos humanos y materiales para las necesarias actividades de sensibilización y aplicación de la ley, y la falta de prioridad que la política de protección de los consumidores ha recibido de los sucesivos gobiernos. Los consumidores se muestran claramente inertes y desorganizados a la hora de reclamar y activar los mecanismos de resolución de conflictos, motivados por la falta de confianza en la justicia o el temor a los costes económicos, temporales y psicológicos inherentes a la tutela individual o colectiva.

En Portugal, muchos de los problemas abordados en nuestra investigación no se derivan del marco legislativo, sino de la falta de respeto a las normas vigentes y de la falta de supervisión por parte de las entidades competentes. Estas dimensiones dependen, intrínsecamente, del sistema cultural. Por lo tanto, es urgente afianzar la protección de los consumidores, tanto en lo relativo a la responsabilidad ética y social de las empresas y los profesionales, como respecto de la conciencia individual y colectiva de los consumidores.

Los retos de la protección de los consumidores en general y de los menores en particular, en una economía y una sociedad mediatizadas, se plantean en tres niveles (utilizando la terminología europea contemporánea): *empowerment* (capacitación de los consumidores a través de la información y la formación para

que puedan elegir libremente y con conocimiento de causa), *enforcement* (aplicación efectiva de las medidas legales para su protección) y *redress* (reparación de los daños causados a los consumidores a través de los medios adecuados de reclamación y compensación).

Considerando experiencias del derecho comparado, propugnamos un estatuto jurídico integral del menor consumidor, que aglutine los regímenes jurídicos relativos a las prácticas comerciales dirigidas a los niños y a los jóvenes y que tenga en cuenta su vulnerabilidad, especialmente en lo que se refiere a la publicidad y a la protección de sus datos personales frente a la explotación comercial.

En lugar de referencias escuetas, dispersas y poco concretas en los regímenes jurídicos de protección del consumidor y de los medios de comunicación, defendemos el protagonismo del menor como sujeto económico autónomo que merece una doble protección como niño (ser) y como adulto en formación (llegar a ser).

La protección de la infancia es una responsabilidad compartida entre la familia, la escuela, la sociedad y el Estado. Reconocemos el papel primordial del sistema educativo y de los titulares de las responsabilidades parentales en la orientación de las elecciones de los menores, pero también el deber subsidiario del Estado, instando a una actuación más eficaz de los poderes públicos en la salvaguarda del desarrollo de los niños y jóvenes. Dentro de este entramado global, los medios de comunicación representan un elemento esencial de promoción y protección de sus audiencias más vulnerables.

A nuestro juicio, la opción de sistematizar las normas de protección de los consumidores menores de edad y reunir las en un único estatuto permitiría alcanzar los siguientes objetivos: dignificar a los menores y fomentar la responsabilidad colectiva para su pleno desarrollo; consolidar la afirmación de los menores como sujetos autónomos con plenos derechos de ciudadanía, con independencia de las responsabilidades parentales; reconocer a los menores como sujetos globales de

derechos, no sólo personales, sino también como sujetos económicos y partícipes del mercado de consumo; y facilitar el conocimiento, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas que protegen su vulnerabilidad.

## **5. Autorregulación**

En la experiencia portuguesa, especialmente en el sector de la publicidad, predominan los instrumentos de autorregulación, reconocidos por su voluntariedad, especialización, flexibilidad y rapidez, y supervisados por entidades con cierta autoridad social. Sin embargo, siguen existiendo críticas y preocupaciones sobre su suficiencia y eficacia, debido al predominio natural de los intereses de los profesionales, la falta de transparencia y la reducida aplicabilidad.

En contrapartida, en el sector de la sociedad de la información, los instrumentos de autorregulación son escasos y se limitan en su mayoría a la definición genérica de principios y compromisos, basándose en redes informales de cooperación poco estructuradas y sin mecanismos de control eficaces.

En cuanto a la protección de los menores, concluimos que la autorregulación es insuficiente y debe considerarse complementaria, favoreciendo las iniciativas de corregulación, con un marco legislativo de referencia y la posibilidad de intervención estatal en caso de incumplimiento.

## **III. CONCLUSIONES**

### *1. Los menores pueden ser calificados como consumidores*

1.1. Los menores actúan de una triple manera en el mercado de consumo: como sujetos activos, compradores de bienes o servicios; como sujetos que influyen en las elecciones y compras del hogar; y como futuros consumidores, destinatarios de

estrategias de fidelización de marcas. Ante la publicidad, los menores son destinatarios específicos de los mensajes publicitarios, pero también son utilizados como intermediarios, por su impacto en los adultos.

1.2. Los menores pueden ser calificados como consumidores en un sentido más estricto y contractual, como adquirentes de bienes y servicios de un profesional, mediante la celebración de negocios jurídicos válidos que constituyen una excepción a su limitada capacidad para contratar. Aquí se incluyen los negocios jurídicos propios de la vida cotidiana del menor, dentro del ámbito de su capacidad natural y que impliquen gastos de escaso valor.

1.3. En una acepción más amplia de consumidor, que supera el marco contractual, los menores son consumidores potenciales, expuestos a las prácticas comerciales y receptores de la publicidad dirigida a ellos o que les alcanza.

2. *Los medios de comunicación, incluidas las redes sociales, tienen un impacto en los menores, que se extiende a sus familias y a la sociedad*

2.1. Los medios de comunicación juegan un papel social, económico y cultural, con implicaciones inexorables para la vida y protección de los consumidores. La forma en que los menores son alcanzados y afectados por la comunicación social y comercial es diferente a la que ocurre con el público de consumidores adultos. Por un lado, debido al número de horas de consumo de televisión y uso de Internet, los menores están sujetos a más estímulos publicitarios y comerciales y, por otro lado, como personas en formación, aún no cuentan con las habilidades cognitivas necesarias para comprender y decodificar dicho contenido comercial, especialmente si se incluye en el contexto del entretenimiento audiovisual y digital.

2.2. El impacto de la publicidad en los menores está directamente relacionado con sus hábitos alimentarios, y más concretamente con la obesidad infantil y otras enfermedades relacionadas con una dieta poco saludable, lo que provocará problemas de salud pública en el futuro. Por otro lado, existe una relación de causalidad entre los mensajes publicitarios y los conflictos familiares que se

generan cuando los padres no atienden las solicitudes de adquisición de los menores.

La exposición de los menores a la publicidad también puede tener consecuencias en términos de adulteración de valores, en particular la difusión de valores consumistas y materialistas, conductas desviadas y situaciones de exclusión y acoso en colectivos donde los bienes de consumo son un factor de integración y socialización. Además, la comunicación comercial, cuando transmite actitudes disonantes hacia los valores positivos de la convivencia social, contribuye a la erotización temprana, la violencia y la creación o mantenimiento de estereotipos o discriminación.

2.3. El ciberespacio es una especie de fusión de las dimensiones real y virtual de la vida de los menores, especialmente en las redes sociales, donde los jóvenes viven, se relacionan con sus pares y proyectan su personalidad, en un flujo de información que construye la huella digital del menor. Por otro lado, se produce una dilución de las esferas pública y privada, con una devaluación de la intimidad, que se pone de manifiesto en el intercambio de información personal sobre los menores por parte de padres, de terceros o de ellos mismos.

2.4. En el entorno digital, la explotación comercial de la información recopilada de y/o sobre los menores es evidente en las redes sociales, los juegos en línea y las aplicaciones móviles. La mayoría de estas plataformas incluyen publicidad encubierta y estrategias de personalización o compra, con un impacto subliminal y significativo en el comportamiento de los niños. Por otro lado, las aplicaciones dirigidas a los niños se encuentran entre las más utilizadas para la recogida de datos personales y la elaboración de perfiles por parte de las empresas, beneficiándose del hecho de que el entorno en línea está menos regulado y es más propicio para la comunicación comercial personalizada.

*3. Los menores son consumidores hipervulnerables, lo que impone regulaciones específicas*

3.1. El sistema de protección del consumidor se basa en la presunción de la vulnerabilidad de este sujeto, desde el punto de vista técnico, económico, legal e informativo. La asimetría de la información, combinada con prácticas comerciales insidiosas y la falta de educación para el consumo, contribuyen a la debilidad de los consumidores en el mercado. Los consumidores menores tienen una doble vulnerabilidad, que combina la presunta debilidad de los consumidores en general con la aquella inherente a la minoría de edad. Como personas en formación, en desarrollo biopsicológico, la forma en que los menores se ven afectados por las prácticas comerciales es diferente de la que alcanza al público de consumidores adultos. Esta vulnerabilidad es particularmente evidente cuando son víctimas de prácticas que lesionan su derecho a la información o a su privacidad.

3.2. La protección de los menores bajo el prisma de normas civiles, de carácter reactivo (mediante la nulidad de los negocios jurídicos celebrados por los menores, por iniciativa de sus representantes legales), no es apta para afrontar la temática de las prácticas comerciales previas al contrato de consumo, en las que la prevención debe ser priorizada.

3.3. En cuanto a los menores, la regulación del entorno digital exige la consideración de aspectos económicos y contractuales, pero también del desarrollo de la personalidad y el encuadre de retos específicos con un impacto significativo en las decisiones de consumo de los menores, como la publicidad comportamental en línea, influencers digitales, prosumidores, datos personales como contraprestación y advergames.

3.4. También es importante integrar la disciplina de la protección de datos personales con el derecho contractual, en la medida en que la edad del consentimiento digital de los menores para el tratamiento de sus datos relativos a los servicios de la sociedad de la información no coincide, por regla general, con la edad requerida para celebrar negocios jurídicos válidos. En el entorno digital, en el



que la mayor parte de la contratación se realiza mediante la adhesión a condiciones generales redactadas previamente por profesionales, es frecuente la confusión entre el consentimiento prestado para la vinculación contractual y el consentimiento para el tratamiento de datos, a lo que se une el escaso conocimiento del contenido de dichas cláusulas. Esta integración es especialmente relevante en los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales en los que no hay precio, pero en los que el consumidor menor de edad proporciona datos personales al profesional, como los juegos digitales, las aplicaciones, las redes sociales y el intercambio de vídeos.

*4. El sistema actual (tanto en términos de regulación como de autorregulación) no salvaguarda eficazmente los intereses de los menores en este ámbito*

4.1. En Portugal, la regulación de la posición del consumidor menor de edad es escasa y está dispersa entre diferentes regímenes jurídicos. Mientras que la ley de protección de los consumidores no incluye ninguna mención a los menores, la ley sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en las relaciones con los consumidores hace hincapié en el criterio del consumidor medio y no desarrolla ni precisa la referencia a la vulnerabilidad del consumidor en función de la edad. A pesar de los avances más recientes, el marco legal de la publicidad sigue teniendo carencias en cuanto a la diferenciación de los grupos de edad y a la consideración de las especificidades de ciertos objetos, medios y contenidos de la publicidad para niños y jóvenes, como los videojuegos, las redes sociales y el marketing de influencia.

4.2. La reciente legislación nacional por la que se transpone la nueva Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual ha colmado algunos de los vacíos que señalamos al actual régimen de medios, en el que hasta ahora la figura del consumidor estaba ausente. Se han incluido plataformas para compartir videos, para lo cual el legislador ha establecido restricciones fundamentadas en el objetivo de

protección de niños y jóvenes y de consumidores. Sin embargo, somos críticos con la técnica de transposición de la Directiva, que ha dado lugar a una ley con fallos de organización, inteligibilidad y sistematización, tanto a nivel interno de la propia ley como en el conjunto del ordenamiento jurídico nacional.

4.3. Además de las deficiencias generales del sistema nacional de protección de los consumidores, la responsabilidad de los medios de comunicación y de los titulares de los medios publicitarios, predominantemente articulada como infracción administrativa, es poco disuasoria. Proponemos incrementar los mecanismos de responsabilización pública (rendición de cuentas o *accountability*), como publicitar la sanción o suspender la programación.

4.4. La autorregulación presenta ventajas evidentes, como su carácter voluntario, especializado y flexible, su rapidez y eficacia, y el hecho de ser un elemento de uniformidad y simplificación del marco jurídico. Por el contrario, favorece el corporativismo y el componente ético de estos sistemas no siempre puede superar la falta de *accountability* y la ausencia o escasa eficacia del componente punitivo. En lo que atañe a la protección de los menores, la experiencia de la autorregulación en el sector de la publicidad y en el de la sociedad de la información es muy diferente, ya que mientras en la publicidad existen instrumentos más consolidados y organismos reconocidos que garantizan una cierta homogeneidad, en la autorregulación aplicable a los servicios de la sociedad de la información existe una clara dispersión y falta de eficacia. Con la excepción del Código de Conducta PEGI para los videojuegos, la mayoría de los instrumentos de autorregulación para la protección de los menores en línea se limitan a definiciones genéricas de principios y compromisos y se basan en redes informales de cooperación, sin mecanismos de control eficaces.

4.5. En cuanto a la protección de los menores, concluimos que la autorregulación es insuficiente y abogamos por sistemas de corregulación en los que las iniciativas de la industria se rijan por un marco legislativo de referencia y la posibilidad de intervención estatal en caso de incumplimiento, así como la mejora de la educación para el consumo.

5. *Es necesario tener un estatuto jurídico integral del menor, que lo proteja como sujeto global*

5.1. La opción de sistematizar las normas de protección del menor consumidor y su integración en un solo estatuto nos permitiría, desde nuestra perspectiva, lograr los siguientes objetivos: dignificar la persona del menor y fomentar la responsabilidad colectiva en su desarrollo integral; consolidar la afirmación del menor como sujeto autónomo con plenos derechos ciudadanos, independientemente de las responsabilidades parentales que le afectan; reconocer al menor como sujeto global de derechos, no solo de carácter personal, sino también como sujeto económico y participante del mercado de consumo; y facilitar el conocimiento, interpretación y aplicación de las normas jurídica que protegen y mitigan su situación de vulnerabilidad.

5.2. La Nueva Agenda Europea del Consumidor 2020-2025, que identifica como una de las áreas prioritarias la respuesta a las necesidades específicas de los consumidores más vulnerables, y el paquete de Directivas que se están transponiendo como parte de la estrategia del Mercado Único Digital es el contexto ideal para reflexionar en la construcción de un estatuto jurídico para el menor consumidor.